Zur
Lehre von der Pflegschaft
nach § 1913 des BGB.

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Alexander Monjé
Referendar in Hannover.

LUGA BAU
BIBL

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902.

Zur

Lehre von der Pflegschaft

nach § 1913 des BGB.

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Alexander Monjé

z. Zt. Referendar in Hannover.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei.

1902.

MEINEN LIEBEN ELTERN

IN DANKBARKEIT GEWIDMET.

DER VERFASSER.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0015

Litteratur.

Adamkiewicz: Der Rechtsbegriff der Kurate — die Pflegschaft — in systematischer Darstellung mit Bezug auf den Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Berlin Heymanns Verlag 1892.

Böhm: Das Vormundschaftsrecht des BGB. 2. Aufl.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechts. Berlin 1899. Liebmanns Verlag 3. Aufl.

Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich. Handausgabe mit Anmerkungen von Fischer und Henle. 5. Aufl. München 1902. Becks Verlag.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl Jena 1901. Fischers Verlag.

Dernburg und Schulzenstein: Das Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. Berlin und Leipzig 1886. Guttentags Verlag.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. 2. Ausgabe. Berlin 1898. Guttentags Verlag.

Eichhorn: Die Nacherbfolge im künftigen deutschen Recht (Dtsch. Jur. Ztg. 1896 S. 210 ff.)

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. Berlin 1900. Heymanns Verlag.

Engelmann: Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1899. Heines Verlag.

Eneccerus und Lehmann: Vorträge. Marburg Elwerts Verlag. 1898/99.

Groth: Die Nacherbschaft nach BGB. Inaug.-Diss. Rostock 1900. Adlers Erben.

Hachenburg: Das BGB. für das deutsche Reich, Vorträge. Manheim 1898. Bensheimers Verlag.

Hesse: Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. 2. Aufl. Berlin 1881. Müllers Verlag.

Hesse: Deutsches Vormundschaftsrecht. Berlin H. W. Müllers Verlag 1900.

Leonhard: Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. Berlin 1900. Guttentags Verlag.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen von Johow. Berlin 1887. Vahlens Verlag.

Maas: Bibliographie des bürgerlichen Rechts. Heymanns Verlag. Berlin.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. und 4. Aufl. Härings Verlag. Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 2. unveränderte Aufl. Berlin 1886. Guttentags Verlag.

Perrin: Das Verhältnis der Vorerben zum Nacherben nach dem BGB. Inaug. Diss. Jena 1901. Kämpfes Verlag.

Philler: Das Vormundschaftsrecht des deutschen BGB. 3. Aufl. Vahlens Verlag. Berlin 1900.

Planck: BGB. 1. und 2. Aufl. Berlin 1901 Guttentags Verlag.

Ollmann: Über die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht konzipierten Person. Inaug.-Diss. Greifswald, Abels Verlag.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897. Guttentags Verlag.

Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. I. Band. Allgemeiner Teil. Berlin 1899. Müllers Verlag.

Salinger: Die Nacherbfolge nach dem BGB. Kohlers Archiv Bd. 19. S. 138 ff. 1901.

Schröder und Mugdan: Das deutsche Vormundschaftsrecht. Berlin 1900. Deckers Verlag.

Schulze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Abdruck aus Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Jena 1901. Fischers Verlag.

Schulzenstein und Köhne: Das deutsche Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. Berlin 1901. Guttentags Verlag.

Siméon: Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche. I. Bd. Das BGB. 3. Aufl. Berlin 1901. Heymanns Verlag.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 2. Aufl. Berlin 1901. Guttentags Verlag.

Sydow und Busch: Civilprozessordnung, in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898. 8. Aufl. Berlin 1898. Guttentags Verlag.

Wilke: Kommentar zum Erbrecht des BGB.

Wilutzky: Die preussische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. H. W. Müllers Verlag Berlin 1892.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl.

Übersicht.

§ 1. Einleitung.
§ 2. Das Wesen und der Begriff der Pflegschaft im Allgemeinen
§ 3. Die Kategorien der Pflegschaften.
§ 4. Die Pflegschaft für unbekannte Beteiligte.
§ 5. Der Nacherbe.
§ 6. Die Bestellung des Pflegers.
§ 7. Der Wirkungskreis des Pflegers für zukünftige Deszendenz, wenn seine einzelnen Funktionen nicht genau spezialisiert sind, sondern ihm nur ein Kreis von Angelegenheiten zugewiesen ist.
§ 8. Subjektlose Rechte.
§ 9. Das Genehmigungrecht des Vormundschaftsrichters.
§ 10. Schluss.

§ 1.

Einleitung.

Der § 1913 BGB. lautet:

„Ist unbekannt oder ungewiss, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist, so kann dem Beteiligten für diese Angelegenheit, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden. Insbesondere kann einem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist, oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, für die Zeit bis zum Eintritt dieser Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden."

Von diesem Wortlaut des Gesetzestextes muss zum Zweck der Erörterung der in Rede stehenden Frage zunächst ausgegangen werden.

Es empfiehlt sich ferner, das Wesen und den Zweck einer Pflegschaft allgemeinhin darzulegen, sodann aber auszuführen, unter welchen Voraussetzungen der § 1913 BGB. die Anordnung einer Pflegschaft zulässt, und wie es kommt, dass gerade der Fall des noch nicht erzeugten Nacherben von den allgemeinen Bestimmungen § 1913 Satz 1 BGB. abgesondert behandelt wird. Des Weiteren würde es darauf ankommen, festzustellen, wer den Pfleger

bestellt, wie gross der Umkreis seiner Befugnisse ist, ob ferner der Vormundschaftsrichter berechtigt ist, einer zukünftigen Deszendenz einen Pfleger zur Wahrung ihrer Rechte allgemeinhin zu bestellen, und welche Befugnisse dem Vormundschaftsrichter kraft seines Genehmigungsrechtes hinsichtlich solcher Rechtsgeschäfte zustehen, die der in Gemässheit des § 1913 BGB. bestellte Pfleger unter Überschreitung der Grenze seiner Befugnisse mit dritten Personen namens des Mündels oder der Mündel abgeschlossen hat.

§ 2.

Das Wesen und der Begriff der Pflegschaft im Allgemeinen.

Als besondere Einrichtungen zur Wahrnehmung der Rechte dritter Personen, die in rechtlicher Hinsicht hülfsbedürftig erscheinen, unterscheidet das BGB. in seinem familienrechtlichen Teile die Vormundschaft und die Pflegschaft. Personen, die wegen jugendlichen Alters oder wegen sonstiger natürlicher Mängel oder krankhafter Eigenschaften nicht in der Lage sind oder nicht die Fähigkeit besitzen, ihre eigenen rechtlichen Interessen in der Weise wahrzunehmen, wie dies zur Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Existenz erforderlich wäre, erhalten eine erfahrene Person an die Seite gestellt, die für sie und zu ihrem Wohle handeln soll. Dieser Dritte, dessen Aufgabe es ist, die Interessen des Hülfsbedürftigen wahrzunehmen, kann sowohl ein Vormund als auch ein Pfleger sein. Wann aber ersterer und wann letzterer zu bestellen ist, das richtet sich materiell im Wesentlichen danach,

ob der Hülfsbedürftige einer umfassenden, allgemeinen Fürsorge und Vertretung bedarf, wodurch die Wahrnehmung seiner Rechte nach jeder Richtung hin für erforderlich sich gestaltet, oder ob das Recht auf Vertretung und Fürsorge sich nur auf einzelne Angelegenheiten, beziehentlich eine Summe solcher Angelegenheiten erstrecken soll, die aber als ganzes gedacht, niemals eine Universalvertretung ausmachen können. Diese Unterscheidung zwischen Pflegschaft und Vormundschaft ist allerdings nicht gerade eine Eigentümlichkeit des BGB., sondern sie war bereits vor dem 1. Januar 1900 vielen, ja, man kann sagen, allen Rechten bekannt.[1] Das gemeine Recht freilich nahm insofern eine Sonderstellung ein, als es auf eine äussere Trennung hinsichtlich der Terminologie beider Rechtsinstitute verzichtet, indem es unter dem Begriff „cura" beides, sowohl die Pflegschaft als auch die Vormundschaft verstand. In Bezug auf die Bedeutsamkeit, insbesondere die Anwendungsfälle aber lässt sich auch hier eine scharfe Trennung nicht leugnen. Es mag hier nur daran erinnert werden, dass das gemeine Recht neben dem der Vormundschaft des BGB. gleichzustellenden, für Minderjährige existierenden Institute der cura minorum noch besondere, der Pflegschaft gleichende Fürsorgefälle kannte, die es aber gleichwohl unter den Oberbegriff der cura brachte, z. B. die cura ad hoc oder die cura ventris nomine.

1) Vgl. auch § 1873 sächs GB. Desgl. Pr. ALR. II. 18, §§ 953, 956 pr. V.O. § 91, sowie Österreich. G.B. §§ 228, 282 und bayer. Entw. Art. 4,113.

Was nun das begreifliche Verhältnis dieser beiden Fürsorgeinstitute nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch anbetrifft, so ist der Unterschied darin zu suchen, dass die Vormundschaft zur Pflegschaft sich verhält, wie das Allgemeine zum Besonderen oder mit anderen Worten gesagt, die Pflegschaft ist nur eine partielle Vormundschaft, sie ist gewissermassen eine Ergänzung der Vormundschaft. Sehr zutreffend hebt Matthiass[1] in seiner Definition der Pflegschaft zugleich die sie von dem Begriff der Vormundschaft trennenden Essentialia hervor:

„Ihrem Charakter nach Vormundschaft unterscheidet sich die Pflegschaft von diesem Fürsorgeinstitute dadurch, dass ihre Anordnung nicht immer von Amtswegen erfolgt, dass sie regelmässig keine umfassende Fürsorge und Vertretung in sich schliesst, und dass sie nicht nur für vorhandene physische Personen, sondern auch für nicht vorhandene natürliche und juristische Personen und Vermögensmassen angeordnet werden kann."

In ähnlicher Weise äussert sich hierzu auch Böhm.[2] Cosack[3] zieht zum Zwecke der Terminologie der Pflegschaft als Beispiel heran, dass die Vormundschaft, die allgemeine Fürsorge, sich zur Pflegschaft, der speziellen Fürsorge verhält, wie Eigentum zur Grunddienstbarkeit. Ob dieser Vergleich gerade sehr glücklich ist, mag dahingestellt bleiben. So, wie er herangezogen ist, lässt er jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennen, worin das tertium

1) Vergl. Matthiass a. a. O. Bd. II S. 368. II. B.
2) Vgl. Böhm a. a. O. S. 38 Abs. III.
3) Vgl. Cosack a. a. O. Buch VI, S. 631

comparationis zu finden ist, wahrscheinlich aber darin, dass hier das Eigentum, das unbeschränkte dingliche Recht, der Grunddienstbarkeit, dem engbegrenzten dinglichen Recht gegenübergestellt wird, dass also beiden gemeinsam ist, dass sie dingliche Rechte sind. Darin aber liegt jedenfalls der massgebende Unterschied der Vormundschaft zur Pflegschaft nicht, dass, während erstere unter allen Umständen unbeschränkt und unbeschränkbar, letztere dagegen beschränkt ist. Derselbe ist vielmehr darin zu suchen, dass bei der Vormundschaft, die im Allgemeinen und prinzipiell unbeschränkt ist, eine Beschränkung nur ausnahmsweise angeordnet werden kann, wohingegen bei der Pflegschaft eine Beschränkung der Funktionen des Pflegers auf eine einzelne Angelegenheit oder einen Kreis von Angelegenheiten ein unerlässliches Begriffsmerkmal bildet. Es mag an dieser Stelle dienlich erscheinen, die Aeusserungen der Motive, die namentlich bei Festlegungen von Begriffen berücksichtigt zu werden verdienen, heranzuziehen. Daselbst[1] heiss es:

„Die Vormundschaft bezweckt prinzipiell die allgemeine Fürsorge, sowohl für die Person wie für das Vermögen, sowohl nach der thatsächlichen Seite als nach der Seite der Vertretung hin. Dagegen sind die Befugnisse des Pflegers begrifflich auf besondere Angelegenheiten, sei es auf einzelne oder auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beschränkt. Solange die elterliche Gewalt oder die Vormund-

1) Vgl. Mot. a. a. O. Bd. IV S. 1044.

schaft besteht, bleibt sie begrifflich das allgemeine Rechtsverhältnis, auch wenn die vormundschaftliche Fürsorge für einzelne Angelegenheiten ausgeschieden und einem Pfleger übertragen ist. Vgl. § 1909 BGB. An sich ist es immer der Vormund, welchem die Vermutung, allgemeiner Repräsentant des Mündels zu sein, zur Seite steht.

„Dagegen steht dem Pfleger diese Vermutung nie zur Seite, mögen auch die ihm übertragenen Angelegenheiten noch so wichtig und umfangreich sein; vielmehr ist er immer nur soweit berechtigt, für den Mündel zu handeln, als aus der verständigen Auslegung des ihm als Pfleger überwiesenen Wirkungskreises eine Befugnis zur Vornahme gerade dieses Geschäfts sich ergiebt."

Der Bemerkung Phillers,[1] dass in solcher Tragweite es mit der Begriffsbestimmung der Motive sehr wohl vereinbar sei, dass nach § 1915 BGB. auf den Pfleger innerhalb des ihm zugewiesenen Amtskreises die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften Anwendung finden, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergiebt, ist daher in vollem Umfange beizutreten.[2]

Während somit die Vormundschaft die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen sowie die Vertretung nach diesen Richtungen umfasst, erstrecken sich die Fürsorge- und Vertretungsrechte

1) Vgl. Phillers a. a. O. S. 22.

2) Vgl. dazu auch Dernburg a. a. O. S. 260 I, welcher auf den eine ähnliche Vorschrift bereits enthaltenden § 91 der PrVO. Bezug nimmt.

des Pflegers begrifflich nur auf einzelne Angelegenheiten oder auch — was dem gleichsteht — einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten. Es mag allerdings zugegeben werden, dass es im Falle des § 1910 BGB. ausnahmsweise zulässig ist, bei der Pflegschaft wegen körperlicher Gebrechen, wenn infolgedessen der damit Behaftete seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, dem Pfleger allgemeinhin eine Fürsorge- und Vertretungsbefugnis für die Person und das Vermögen einzuräumen. Aber dieser Fall ist, wie gesagt, nur ein besonders vom Gesetz geregelter Ausnahmefall, der auch den Möglichkeiten, dass die Thatumstände zu minderwertig sind, um einen Vormund zu bestellen, Rechnung trägt, der aber im Übrigen das grundlegende Prinzip unberührt lässt.

Des Weiteren ist es aber keineswegs ausgeschlossen, dass neben einer Vormundschaft zugleich die Anordnung einer Pflegschaft möglich sei. Die rechtlichen Folgen sind dann nur die, dass der Pfleger in den Angelegenheiten, deren Vertretung ihm zugewiesen ist, dem Vormunde gegenüber eine völlig selbständige Stellung einnimmt, dass im Übrigen aber die Vertretungsbefugnisse des Vormundes unberührt bleiben. Vgl. dazu §§ 1794, 1650 BGB.

Während ferner dem Vormunde immer eine praesumtio für seine Vertretungsbefugnisse in jeder Hinsicht zur Seite steht, kann der Pfleger hierauf keinen Anspruch erheben. Sein Wirkungskreis ist vielmehr durch seine Bestellung festgelegt, ohne über den im Gesetze von vorneherein bestimmten

Rahmen hinaus erweitert werden zu können. Darin freilich stehen sich Vormundschaft und Pflegschaft gleich, dass ihre Anordnung in jedem Falle nicht nur auf Antrag erfolgt, sondern dass der Richter schon von Amtswegen verpflichtet ist, die eine oder die andere Art der Fürsorge anzuordnen, jenachdem es die Umstände des einzelnen Falles erheischen. Dabei nimmt freilich die Pflegschaft insofern wiederum eine von der Vormundschaft abgesonderte Stellung ein, als bei ihr dieses letzterwähnte Prinzip eine geringe Abänderung dadurch erleidet, als ihre Anordnung in einzelnen Fällen nicht unbedingt von Amtswegen erfolgen darf. Insbesondere lässt der § 1910 Abs. 1 und 3 BGB. eine solche Anordung nur zu, nachdem der unter Pflegschaft zu Stellende selbst hierzu die Anregung oder seine Einwilligung in dieselbe erteilt hat. Ebenso äussern sich hierzu Matthias, Fischer und Henle, Planck und Philler[1]. Böhm[2] dahingegen vertritt seine Meinung dahin, dass die Thätigkeit des Gerichts durch Anzeigen und Anträge Beteiligter angeregt werden kann, wobei er aber meines Erachtens übersieht, dass gerade der vom Gesetzgeber gewählte Ausdruck im Abs. 1 § 1910, wonach der Betreffende einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten kann in Verbindung mit dem Absatz 3 dieses Paragraphen eine Anregung zur Pflegerbestellung durch

1) Vgl. Matthiass a. a. O. Bd. II S. 368 II B., desgl. Fischer und Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 1910; ferner Planck Anm. d. zu § 1910 und Philler Anm. 1 Abs. 2 zu § 1910.

2) Vgl. Böhm a. a. O. S. 174 Abs. 4.

den Gebrechlichen oder einen Dritten als ein unerlässliches Erfordernis für diese angesehen wissen will.

Innerhalb seines Wirkungskreises aber hat der Pfleger dieselben Rechte und Pflichten wie der Vormund. Da er aber den Mündel vertritt, so ergiebt sich hieraus notwendigerweise, dass auch seine Handlungen über die Dauer der Pflegschaft hinaus in gleicher Weise für und gegen den Mündel wirksam sind wie beim Vormund in Ansehung solcher Rechtshandlungen, die er für oder gegen den seiner Fürsorge und Vertretung Unterstellten vornimmt. Demzufolge bedarf aber auch andrerseits der Pfleger ebenso wie der Vormund bei Vornahme einer ganzen Reihe von Rechtsgeschäften der vormundschaftgerichtlichen Genehmigung, wenn anders die beabsichtigten Wirkungen der Rechtsgeschäfte in Folge mangelnder Gültigkeit nicht ausfallen sollen.

Ebenso wie demnach die Pflegschaft in ihren wesentlichen Begriffsmerkmalen der Vormundschaft gegenüber sehr bestimmte Unterschiede aufweist, lässt sich die Verschiedenheit der beiden Einrichtungen auch an den Wirkungen erkennen, welche die Pflegschaft auf denjenigen ausübt, der ihr unterstellt ist. Während der unter Vormundschaft Gestellte in seiner Geschäftsfähigkeit meistens beschränkt ist, (§ 104 Ziff. 3 BGB.) beziehentlich während die Bestellung eines Vormundes in vielen Fällen eine Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit des zu Bevormundenden herbeiführt, (§ 661 Abs. 1 CPO.), erleidet derjenige, für den eine Pflegschaft angeordnet

ist, nicht gerade notwendigerweise eine Einbusse seiner rechtlichen Verkehrsfähigkeit.[1] Er kann sich nach wie vor mit rechtlicher Wirksamkeit verpflichten, Verbindlichkeiten eingehen und Rechte erwerben, ohne dass die Wirksamkeit dieser, seiner Handlungen wie beim Bevormundeten von der Genehmigung seines Pflegers abhängt. Sowohl er als auch der Pfleger können selbständig mit rechtlichen Wirkungen handeln. Zu einer Kollision derartiger gleichzeitiger Handlungen des Pflegers und des Vertretenen wird es aber in den meisten Fällen nicht kommen, da gewöhnlich die Pflegschaft angeordnet wird, um die Interessen einer vorübergehend an der Wahrnehmung ihrer Rechte verhinderten Persönlichkeit wahrzunehmen. Insofern allerdings führt die Anordung der Pflegschaft für den ihr Unterstellten eine bemerkenswerte rechtliche Beschränkung und zwar auf prozessualem Gebiete doch herbei, als nach § 53 CPO. eine prozessfähige Person, die in einem Rechtsstreite durch einen Pfleger vertreten wird, für die Dauer und die Austragung dieses Rechtsstreites einer nicht prozessfähigen Person gleichsteht. Hiernach können beispielsweise die Zustellungen nur von dem Pfleger ausgehen und an ihn gerichtet sein. Desgleichen kann vor dem Amtsgerichte nur der Pfleger, nicht der Pflegling unter bestimmten Voraussetzungen in der mündlichen Verhandlung als Partei auftreten. Besonders wichtig ist die erwähnte Vorschrift für die Beweisführung durch Eid, da nach § 473 CPO. in den Fällen, in denen eine Partei nicht prozessfähig

1) Vgl. Böhm a. a. O. S. 175 Abs. II; Matthiass II S. 400 II.

ist, die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter zulässig ist und ebenfalls nur von ihm ausgehen kann. Allerdings macht der Absatz 2 daselbst dann zu Gunsten des Vertretenen eine erhebliche Ausnahme. Seine prozessuale Handlungsfähigkeit verliert der durch einen Pfleger Vertretene aber auch nur insoweit, als der Prozess, den für ihn sein Pfleger führt, sich auf dem Gebiete abspielt, welches dem Pfleger als Wirkungskreis zugewiesen ist und auch dann nur, wenn der Pfleger den Prozess wirklich führt, mag er ihn von vorneherein übernommen haben oder erst später in denselben eingetreten sein. Erst von diesem Augenblicke an wird der Pfleger gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 51 CPO.[1] Die Frage, ob dem durch einen Pfleger Vertretenen, falls ihm eine Klage zugestellt wird, dem Prozessgegner gegenüber ohne Weiteres die Einrede der mangelnden Passivlegitimation zusteht, würde daher zu verneinen sein, denn noch ist er ja im Besitze seiner Prozessfähigkeit.

Ein wichtiges ferneres Kennzeichen der Pflegschaft und der Vormundschaft ist schliesslich darin zu erblicken, dass zu ihrer Übernahme jeder deutsche Reichsangehörige verpflichtet ist, sofern er nicht kraft Gesetzes hierzu für untauglich erklärt ist oder ihm nicht die gesetzlichen Ablehnungsgründe zur Seite stehen.

In Kürze zusammengefasst ergiebt sich somit als Resultat für die wesentlichen Begriffsmerkmale

1) Vgl. Sydow und Busch a a, O. Anm. 1 zu § 51.

der Pflegschaft im Gegensatz zur Vormundschaft: Die Pflegschaft macht einen Teil der Vormundschaft aus. Von der letzteren unterscheidet sie sich, abgesehen von einer Anzahl Sondervorschriften, darin, dass ihre Anordnung nur zulässig ist für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten, während sie im Prinzip zur allgemeinen Wahrnehmung von Rechten nicht angeordnet werden darf, und dass ferner die Anordnung der Pflegschaft für den ihr Unterstellten bis auf jene prozessuale Beeinträchtigung Nachteile hinsichtlich seiner Handlungs- oder Prozessfähigkeit nicht zur Folge hat, wohingegen die Bestellung des Vormundes entweder eine zum mindesten beschränkte Geschäftsfähigkeit auf Seiten des Mündels zur Voraussetzung hat, oder doch eine solche herbeiführt.

Und sind dies nun die wesentlichen Begriffsmerkmale der Pflegschaft, so kommt es des Weiteren darauf an, im Wesen die Art und Weise darzulegen, wie das Gesetz ihre Regelung bewerkstelligt hat

§ 3.

Die Kategorien der Pflegschaften.

Das BGB. unterscheidet zwei Gruppen von Pflegschaften. Die erstere Gruppe umfasst diejenigen Fälle, in welchen der Rechtsgrund der Vormundschaft oder der elterlichen Gewalt zugleich den Rechtsgrund der Pflegschaft bildet und die letztere deshalb eintritt, weil die vormundschaftliche oder elterliche Fürsorge

aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht stattfinden kann (§ 1909 BGB.). Es ist dies ungefähr das, was das frühere gemeine Recht unter dem curator ad hoc verstand. Vater oder Vormund sind zeitweilig verhindert, ihre Vertretungsbefugnisse auszuüben, deshalb muss ein anderer die ihnen obliegenden Rechte und Pflichten ausüben. Matthiass[1] bezeichnet die Pflegschaftsfälle, die unter diesem Gesichtspunkte angeordnet werden, als Aushilfspflegschaften im Gegensatze zu den sogleich zu erwähnenden Fällen, in denen die Pflegschaft als selbständiges, einem Selbstzweck dienendes Institut erscheint. Die zweite Gruppe dahingegen umfasst eine Reihe einzelner Fälle, in denen, da für sie der Rechtsgrund für Anordnung einer Vormundschaft hinwegfällt, vom Gesetz die Bestellung eines Pflegers vorgesehen ist. (§§ 1910—1914 BGB.) Hier scheidet Matthiass[2] mit Recht noch die Pflegschaftsfälle für Personen (§§ 1910—1913 BGB) und die Pflegschaft für Vermögen (§ 1914). Letzterer Bestimmung noch besonderes Gewicht beizulegen, hat seinen berechtigten Grund darin, dass dieses Institut dem bisherigen Rechte, insbesondere der preussischen Vormundschaftsordnung unbekannt gewesen ist. Der Gesetzgeber hat dadurch einem neuerdings hervortretenden Bedürfnis Rechnung getragen.[3] In welche Beziehung zu dieser gesetzlichen Regelung die Nachlasspflegschaft (§ 1960 Abs. II BGB.) zu bringen ist, ob sie dem Grund-

1) Vgl. Matthiass a. a. O. Bd. II. S. 400.
2) Vgl. Matthiass ebenda.
3) Vgl. Philler a. a. O. Anm. 2 zu § 1914.

prinzipe des BGB. entsprechend überhaupt als Personalpflegschaft anzusehen ist, oder wie es mehrfach geschieht, als Realpflegschaft, ist nach der nunmehr durch das BGB. festgelegten Lehre dahin zu entscheiden, dass auch in diesem Falle nur von einer Personalpflegschaft die Rede sein kann. Massgebend ist hier der § 1961 BGB. Ein Erbe ist in jedem Falle vorhanden, selbst wenn es in letzter Linie der Fiskus ist, und der Pfleger wird auch nur für den, welcher Erbe wird, nach den gesetzlichen Bestimmungen bestellt.[1] Im gemeinen Rechte, wo es eine hereditas iacens gab, liess sich zur Not die Theorie von der Realpflegschaft aufrecht erhalten; mit dem ins BGB. aufgenommenen deutschrechtlichen Prinzipe, dass der Tote den Lebendigen erbt, aber dürfte wohl jede Anstrengung die erwähnte Theorie auch für das jetzige Recht aufrecht zu erhalten, ihrer Begründung entbehren. Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man in diesem Sinne als leitendes Prinzip des BGB. den Grundsatz aufstellt, dass die Pflegschaften des BGB. schlechthin Personal- und nicht Realpflegschaften sind.[2]

Die Ansicht Böhms,[3] der auch nach Einführung des BGB. die Pflegschaftsfälle in Personal- und Realpflegschaften einteilt, dürfte daher nicht zu rechtfertigen sein; auch muss man bei Böhm eine Begründung seiner Ansicht leider vermissen. Der

---

1) Vgl. Planck Vorbem. III 5 a zu § 1942.

2) Vgl. Planck Vorbem. 3 vor § 1909. desgl. Fischer und Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 1960 BGB.

3) Böhm a. a. O. S. 175 § 34 I.

einzigste Pflegschaftsfall, für den die Konstruktion einer Realpflegschaft auf den ersten Blick noch für zutreffend erscheinen könnte, und dem auch Matthiass, wie oben dargelegt, einen besonderen Platz angewiesen hat, ist der § 1914 BGB. Aber allein die Erwägung, dass dieser Fall vom BGB. gänzlich neu geschaffen ist, und dass das Gesetz der Theorie der Realpflegschaft grundsätzlich fernsteht, spricht für die Haltlosigkeit dieser Auffassung. Es ist vielmehr hier so vorzugehen, dass nicht die Vermögensmasse als solche durch den Pfleger vertreten werden soll, sondern vielmehr die Gesamtheit der als eine juristische Einheit, nach innen hin allerdings ihrer Zahl nach nicht abgeschlossenen, beisteuernden Personen.

Es lässt sich nun nicht verkennen, dass das BGB. die Einrichtung der Pflegschaft und in gewissem Grade auch die äussere Regelung dieser Materie der Pr.VO. vom 5. Juli 1875 entnommen hat. Allein eine allgemeine Klausel, wie sie diese Verordnung in § 90 neben den speziellen Fällen kennt, hat das BGB. und zwar wiederum in Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Gesetzen nicht übernommen. Die Pr.V.O. ermächtigt in ihrem § 90 das Vormundschaftsgericht, in allen Fällen, in denen es ein Bedürfnis für vorhanden erachtet, eine Pflegschaft anzuordnen. Sie ermächtigt also den Richter, in jedem Falle nach eigenem Ermessen vorzugehen. Naturgemäss haben hier im bisherigen Rechte Theorie und Praxis das Ihrige gethan, um die am häufigsten vorkommenden und auf Grund

dieser Vorschrift zur Entstehung gelangenden Pflegschaftsfälle zusammenzustellen. Dernburg[1] insbesondere rechnet als unter die Vorschrift des § 90 der Pr.VO. gehörig zwei Klassen von Fällen, nämlich einmal diejenigen, in denen es unbekannt oder ungewiss ist, wer der Inhaber eines Rechtes ist, sodann aber auch alle die Fälle, in denen man zwar weiss, wer der Berechtigte ist, letzterer jedoch verhindert ist, seine Rechte wahrzunehmen. Die Fälle der ersteren Art sind danach ausserordentlich zahlreich. Zweifellos — und hierin stimmen Praxis und Litteratur überein — ist beispielsweise unter diese der Fall zu rechnen, den das BGB. im § 1913 geregelt hat. Somit hat bereits das preussische Recht die Anordnung einer Pflegschaft für zukünftige Deszendenz gekannt.

Weshalb eine solche allgemeine Klausel, wie sie der Pr.VO. bekannt war, nicht auch für das BGB. eingerichtet ist, heben die Motive[2] zutreffend hervor. Die daselbst dargelegten Bedenken gehen der Hauptsache nach darauf hinaus, dass einmal soweit nicht in die bürgerliche Selbständigkeit eingegriffen werden dürfe, dass der Pflegling alle von dem Pfleger kraft seiner Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtshandlungen anzuerkennen hätte. Sodann aber erblicken die Motive bei einer derartigen allgemeinen Klausel eine grosse Gefahr darin, dass die Vormundschaft über Volljährige auf diesem Wege thatsächlich über die in den §§ 1896 und 1906 für

1) Vgl. Dernburg „Vormundschaftsrecht der preuss. Monarchie“ S. 419; desgl. preuss. Privat-Recht Bd. III S. 253 d.
2) Vgl. Mot. Band IV S. 1253.

zulässig erklärten Fälle hinaus ausgedehnt werden könnte. Nach Planck,[1] der einen ähnlichen Gedanken verfolgt, ist dieser erwähnte Grund darin zu suchen, dass das BGB. davon ausgeht, dass durch die Zulassung einer Pflegschaft in den Fällen des § 1909 und den besonders bezeichneten Fällen der §§ 1910 bis 1914 dem Bedürfnisse, soweit es in Verhältnissen allgemeiner Art begründet ist, und daher durch das BGB. Rechnung getragen werden muss, in ausreichendem Masse entsprochen wird. Falls darnach noch besondere Verhältnisse die Zulassung einer Pflegschaft noch in anderen Fällen als diesen erheischen sollten, ist durch Spezialgesetzgebung Sorge zu treffen.

Als Fälle der Pflegschaft, die reichsrechtlich ausserhalb des BGB. geregelt sind, mögen hier noch beispielshalber folgende erwähnt werden: Die Güterpflege für das im Strafverfahren gegen einen Abwesenden (§ 332 StPO.) oder einen wegen Hochverrats oder Landesverrats in Untersuchung Gezogenen, beschlagnahmte Vermögen (§ 93 RStGB. und § 489 StPO.), ferner die Pflegschaft, die für einen Reichsbeamten angeordnet werden kann, welcher „wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen in den Ruhestand versetzt werden soll, diese Versetzung aber selbst nicht nachsucht."[2]

Als besonderen Fall der oben erwähnten zwei Kategorien von Pflegschaften behandelt das BGB.

1) Vgl. Planck a. a. O. Bd. IV. S. 646 Ziff. 2 Abs. 2.

2) Vgl. hierzu ausführlich Böhm a. a. O. S. 176 II. Philler a. a. O. S. 120 Abs. 3.

den Fall des § 1913. Dieser Fall soll aus der Reihe der §§ 1910—1914 herausgegriffen werden, weil er einerseits im bisherigen preussischen Rechte noch nicht ausdrücklich als besonderer Pflegschaftsfall geregelt war, andrerseits aber auch um desswillen, weil an ihm in hervorragendem Masse die dem Vormundschaftsrichter in der Form des Genehmigungsrechtes zustehenden Befugnisse entwickelt werden können. Was übrigens das preussische Recht anbetrifft, so half sich dieses Recht, wie bereits oben angedeutet ist, an dieser Stelle durch Umwege. Einmal sagt nämlich das ALR. in § 530 I, 12: „Hat der Erblasser den Kindern eines Dritten einen gewissen Genuss bestimmt, welcher ganz oder zum Teil erst in künftigen Zeiten fällig wird, so nehmen auch die nachgeborenen Kinder daran Teil.“ Es mag hierbei bemerkt sein, dass der Ausdruck „eines Dritten“ hier keinen andern Sinn hat, als die Wendung „anderen“ im § 525 eod.,[1] sodass dieser Dritte also auch der eigene Deszendent sein kann. Diese Bestimmung somit gestattet unter Gebrauchmachung von jener allgemeinen Klausel der Pr.VO. dem Vormundschaftsrichter, Rechte einer erst zukünftigen Deszendenz durch einen Pfleger wahrnehmen zu lassen.

§ 4.

Die Pflegschaft für unbekannte Beteiligte.

Wie der Wortlaut des § 1913 BGB. ergiebt, hat der Gesetzgeber hier nicht zwei Fälle geregelt,

1) Vgl. Koch ALR. II zu § 530.

sondern — besser gesagt — einen Hauptfall angenommen und sodann einen zweiten als Anwendungsfall angeschlossen. Dieser als Beispiel angeführte Anwendungsfall ist aber vom Gesetzgeber offenbar nur deshalb ausdrücklich berücksichtigt worden, weil er im täglichen Leben am häufigsten vorkommt. Während die allgemeinere Bestimmung vermutlich selten praktisch wird, wird die Spezialbestimmung den Vormundschaftsrichter sehr häufig beschäftigen, jedenfalls bei Weitem öfter als die allgemeine Vorschrift. Aus diesem Grunde soll auch in den nachfolgenden Ausführungen mehr der speziellere Fall der Pflegschaftsbestellung für zukünftige Nacherben, als der weitläufigere Fall einer solchen für unbekannte Beteiligte schlechthin, beberücksichtigt werden.

Was zunächst die Geschichte dieser Gesetzesbestimmung im Allgemeinen anbetrifft, so muss bemerkt werden, dass eine derartige Vorschrift den meisten bisherigen, d. h. vor 1900 geltenden Rechten und Gesetzen unbekannt war. Insbesondere ist sie im gemeinen Rechte wie im BGB. für das Königreich Sachsen gänzlich zu vermissen. Andrerseits enthielt, wenn auch nicht dieselben, so doch ähnliche Vorschriften bereits vor 1900 das österreichische Gesetzbuch, vgl. daselbst § 276, wie oben erwähnt, das ALR. für die preussischen Staaten, vgl. dazu noch § 49 II, 18, sowie die lübesche VO. in § 109. Es darf wohl angenommen werden, dass im Anschluss an diese Gesetze die Regelung im BGB. erfolgt ist.

Über die Entstehung des § 1913 ist zu bemerken, dass hier offenbar eine Verallgemeinerung des Prinzips der Nachlasspflegschaft für den unbekannten Erben auf andere Angelegenheiten vorliegt. Während es bei der Pflegschaft der letztgenannten Art der unbekannte Erbe ist, dessen Rechte und Interessen durch den Pfleger vertreten werden sollen, sind es im anderen Falle der oder die unbekannten Beteiligten allgemein, deren Interessen wahrgenommen werden. Namentlich kann die Pflegschaft notwendig werden zum Schutze der Rechte eines noch nicht konzipierten Fideikommiss- oder Lehnsanwärters sowie eines Vermächtnisnehmers, der zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangen ist, oder der durch ein zu dieser Zeit noch nicht eingetretenes Ereignis bestimmt werden soll.[1] Ob im Einzelfalle die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Anordnung der Pflegschaft zu erfolgen hat, sowie ob und wieweit insbesondere eine Fürsorge erforderlich ist, bleibt jedesmal der Entscheidung des Vormundschaftsrichters vorbehalten. Das Gesetz regelt nur die Folgen; es weist den Richter gewissermassen an, eine Handlung vorzunehmen, wenn er zu der Überzeugung gelangt, dass er hier zur Wahrung der Interessen Dritter, selbst ihm unbekannter Personen einschreiten muss. Fraglich bleibt hierbei nur noch, ob der Vormundschaftsrichter auch einschreiten muss oder dem

1) Vgl. hierzu Schulzenstein und Köhne. „Das deutsche Vormundschaftsrecht“ a. a. O. S. 304 Anm. 1. Philler Anm. 1 zu § 1913. Planck Anm. 2 zu § 1913. Matthiass II. S. 403 Ziff. 4.

Antrag auf Einrichtung einer Pflegschaft nachzugeben hat, wenn es nicht mit Sicherheit feststeht, ob beispielsweise die Ansprüche, welche die unbekannten Beteiligten erheben, oder die gegen sie erhoben werden, als rechtlich begründet zu erachten sind. Diese Frage muss dahin beantwortet werden, dass auch in zweifelhaften Fällen dieser Art ein Pfleger zu bestellen ist, da auch Ansprüche der erwähnten Art mit zu den „vom § 1913 bezeichneten Angelegenheiten" zu rechnen sind und insbesondere mit Rücksicht auf Satz 2 dem Umkreis der Rechte der Nacherben angehören. Die Aufgabe des Pflegers ist es dann, als nunmehriger gesetzlicher Vertreter der unbekannten Beteiligten, auf irgend eine Weise, nötigenfalls im Prozesswege, die Angelegenheit zum Austrag zu bringen. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Anordnung dieser Pflegschaft im Allgemeinen bleibt zu bemerken, dass sie keineswegs nur dann zulässig erscheint, wenn eine Vertretung für die unbekannten Beteiligten erforderlich wird, also eine Rechtsangelegenheit zu besorgen ist, sondern auch dann, wenn die Fürsorge rein thatsächlicher Art ist z. B. bei Überschwemmungen oder anderen grossen Unglücksfällen und namentlich dann, wenn die Fürsorge voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist.[1]

1) Vgl. Motive Bd. IV. S. 1265 Abs. 3 zu § 1742. Dsgl. Planck a. a. O. Bd. IV. Anm. 2 zu § 1913. Matthiass II. S. 403 Ziff. 4. Philler Anm. 1 Abs. 2 zu § 1913.

Wie sich im Übrigen die Rechtsverhältnisse bilden, deren Entstehung in der Bestellung des Pflegers ihren Grund hat, mag nunmehr an der Hand des zweiten Falles behandelt werden. In gleicher Weise soll weiterhin entwickelt werden, wie gross der Wirkungskreis des Pflegers, ist und in welches Verhältnis das Vormundschaftsgericht zum Pfleger tritt. Das BGB. lässt nach Satz 2 des § 1913 es insbesondere zu, dass einem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist, oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, für die Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden kann. Zwar sagt der Gesetzgeber an dieser Stelle nicht ausdrücklich, wofür die Bestellung des Pflegers erfolgen kann, oder welcher Vertretungskreis ihm auf Grund dieser Vorschrift zugewiesen werden kann, wie dies bei jener allgemeinen Bestimmung des § 1913 der Fall ist, indessen darf es als über jeden Zweifel erhaben angesehen werden, wenn man in diese Bestimmung die des Satz 1 aufnimmt und sagt, dass die Pflegerbestellung auch hier sich nur auf eine solche Angelegenheit beziehen kann, die sich aus dem juristischen Verhältnis der Nacherbfolge als solcher herleiten lässt. Diese Frage indessen soll noch Gegenstand späterer Erörterungen sein.

Vor der näheren Erörterung des vom Gesetzgeber im § 1913 Satz 2 geregelten Falles mag es angezeigt erscheinen, zunächst den Begriff und Zweck sowie das Wesen der Nacherbfolge kurz zu behandeln.

§ 5.

Der Nacherbe.

Auf die geschichtliche Entwickelung dieses Instituts näher einzugehen, dürfte an dieser Stelle nicht als angebracht erscheinen. Erwähnt sei nur, dass das Rechtsinstitut der Nacherbschaft oder besser gesagt das Prinzip der Weiterübertragung der Erbschaft seitens der Erben laut Anordnung des Erblassers an einen Dritten unter den Gesichtspunkten der einzelnen epochebeherrschenden Rechten gänzlich verschiedene, hochinteressante Entwickelungen durchgemacht hat. Ich will mich daher nur darauf beschränken, mit wenigen Worten den Rechtszustand, der vor der Einführung des BGB. bestand, wiederzugeben.

Nach gemeinem Rechte gipfelte das Recht des Nachberufenen, und darauf kommt es hauptsächlich an, zufolge dem Grundsatze semel heres semper heres „in einem von dem Erwerbe des Vorerben abhängigen obligatorischen Anspruch auf Restitution der Erbschaft mit der Wirkung, dass der Erstberufene auch nach der Restitution Erbe bleibt, aber in dieser Eigenschaft aktiv und passiv durch den Nachberufenen als Quasierben vertreten wird.“ [1] Demgegenüber versteht das ALR.[2] unter der fideikommissarischen Substitution — diese ist dem eben erwähnten Universalfideikommiss parallel zu stellen — die dem zuerst eingesetzten Erben oder Legatar

1) cf. Motive V. S. 80. Groth a. a. O. S. 6 II a.
2) Vgl. ALR. I, 12, §§ 53—59 §§ 466—477.

auferlegte Pflicht, die Erbschaft oder das Vermächtnis in den bestimmten Fällen oder bei Eintritt der angegebenen Bedingungen einem anderen zu überliefern. Es lässt sich nicht verkennen, dass diese Gesetzesbestimmung der des gemeinen Rechts scheinbar entspricht. Thatsächlich aber enthält dieselbe eine ganz andere Auffassung. Das preussische Recht scheidet nämlich die fideikommissarische Substitutiton aus der Reihe der Vermächtnisse aus und behandelt dieselbe als eine Art der Erbeinsetzung. Fraglich allerdings ist es auch hier, wie im gemeinen Recht, welche Rechtsstellung der fideikommissarische Substitut in Ansehung der Erbschaft vor Eintritt des Substitutionsfalles einnimmt, insbesondere ob er bereits vor diesem Zeitpunkt als dinglich Berechtigter anzusehen ist.

Im Anschluss an diese Regelung im ALR. ist das in Frage stehende Rechtsinstitut vom BGB. einer eingehenden einheitlichen Regelung unterzogen worden, sodass die Streitfrage, die das bisherige Recht, wie erwähnt, namentlich hinsichtlich des Verhältnisses des Vorerben zum Nacherben unentschieden liess, nunmehr in erschöpfender Weise geregelt ist. Mit Rücksicht auf das preussische Recht sei hinsichtlich dieser Frage erwähnt, dass für das rechtliche Verhältnis des Vorerben zum Nacherben eine Ansicht des Obertribunals grundlegend geworden ist,[1] die auch von der Wissenschaft grossen Beifall gefunden hat. Nach dieser

1) Vgl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 26. S. 14 ff.

Entscheidung soll der Vorerbe mit dem Voranfall das Eigentum an der Erbschaft erwerben. Andere Ansichten liessen auf Grund des ALR. § 466 I, 12 die Behauptung Platz greifen, dass mit dem Voranfall gerade der Nacherbe die Erbenstellung im eigentlichen Sinne erwerben sollte, während dem Vorerben ihm gegenüber nur die Stellung eines Niessbrauchers zuzusprechen sei. Wenn aber an anderer Stelle ebendasselbe Gesetz sagt,[1] dass beim Erbfall die zur Erbschaft berufenen Personen sofort in die Rechte und Pflichten des Erben am Nachlass einrücken, andrerseits das nämliche Gesetz den Fiduziar als eingesetzten Erben bezeichnet,[2] so legt das Gesetz doch ganz offensichtlich dar, welche rechtliche Stellung es dem Vorerben gegenüber eingeräumt wissen will.

So vertritt beispielsweise u. a. Perrin[3] die Ansicht, dass der Nacherbe als Eigentümer, der Vorerbe dahingegen als Niessbraucher bezüglich der Erbschaft zu gelten habe und dies mit Rücksicht auf das Interesse des Nacherben an der ungeschmälerten Erhaltung der Erbschaft. Gleicher Meinung scheint auch Groth[4] zu sein, indem er freilich nicht die Rechte des Vorerben nach ALR. als Niessbrauchsrechte ausschliesslich charackterisiert, aber doch den Nacherben — und anscheinend ihn allein — unmittelbar mit dem Eintritt des Erbfalls als Eigentümer

1) Vgl. ALR. §§ 367, 368 I, 9.
2) Vgl. ALR. §§ 12, 259, 466, 480 I, 12.
3) Vgl. Perrin a. a. O. S. 9.
4) Vgl. Groth a. a. O. S. 41.

angesehen wissen will. Meines Erachtens muss man, wie dies das BGB. ebenfalls gethan hat, auch bei der rechtlichen Beurteilung der Stellung des Vorerben nach ALR. zwei Gesichtspunkte ins Auge fassen, nämlich einmal seine Stellung dem Rechtsnachfolger, dem Nacherben, andrerseits solche ausserhalb stehenden Dritten gegenüber. Wenn nun das ALR. den dem Nacherben gegenüber dem Vorerben zustehenden Rechten das Verhältnis des Eigentümers zum Niessbraucher zu Grunde legt, so soll sich diese gesetzliche Regelung doch nur auf das zuerst erwähnte, innere Verhältniss beziehen. Der Vorerbe soll sich bewusst sein, wenn er über Nachlassgegenstände kraft seines ihm als Erben zukommenden Rechtes verfügt, dass ihm bereits, soweit es die Erbschaft angeht, ein Rechtsnachfolger bestimmt ist, und dem er zur ordnungsmässigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist. Dieser Auffassung hat sich auch das BGB. angeschlossen. Bereits die Motive[1] erwähnen, dass unverkennbar zwischen dem Fall des Niessbrauchs und dem der Vorerbschaft grosse Unterschiede bestehen und die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB. hat den Standpunkt des ersten Entwurfs § 1815 definitiv fallen lassen. Danach ist die Regelung des Verhältnisses des Vorerben zum Nacherben, wie die Denkschrift[2] darlegt, von dem Gesichtspunkte aus erfolgt, dass zwar

1) cf. Mot. Bd. V S. 93.

2) Denkschrift S. 414 desgl. Protokolle V S. 91. Über die geschichtliche Entwicklung dieses Instituts im BGB. vgl. insbesondere Perrin a. a. O. S. 8 ff.

dem Nacherben für den Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge das Vermögen unverkürzt erhalten bleiben muss, dass aber andrerseits die Sicherheit des Verkehrs und die ordnungsmässige Verwaltung des Nachlasses unter den Beschränkungen, welche die Nacherbfolge mit sich bringt, nicht leiden dürfen.

Der Grundgedanke, auf dem das Rechtsinstitut der Nacherbfolge beruht, ist in den meisten Fällen der Wunsch des Erblassers, das Vermögen, welches er vielleicht mit vieler Mühe selbst erworben hat, seiner Familie zu erhalten. Die Ansicht Endemanns,[1] dass hier davon auszugehen sei, dass der Erblasser seinem Abkömmling nur deshalb einen Nacherben bestimmt, weil er annimmt, dieser werde ohne eigene Nachkommenschaft sterben, dürfte wohl nicht ganz zutreffend sein. Es kann gewiss bisweilen die Anordnung einer Nacherbschaft dieserhalb seitens des Erblassers erfolgen und für diesen Fall treffen Endemann's Ausführungen ebenda S. 168 oben und Anm. 19 zu. Es dürften indessen diese von Endemann als allein möglich angeführten Fälle gerade den geringeren Teil der im Leben vorkommenden Nacherbschaftsfälle ausmachen,[2] da mit Rücksicht auf die Altersdifferenzen des Erblassers und Vorerben, jenen die seltensten Fälle zu der Annahme berechtigen dürften, dass der Vorerbe nach dem Tode des Erblassers nicht doch noch Abkömmlinge erhält. Die Fälle, von denen einer

1) Vgl. Endemann a. a. O. Erbrecht S. 167.
2) Vgl. Juristen-Zeitung 1896 No. 11 oben. Abs. I.

hier angeführt ist, dürften dagegen bei Weitem eher die Regel bilden. Hat der Erblasser einen vertrauenswürdigen Sohn, so kann er ihm die Verwaltung der Erbschaft ohne Sorge überlassen und wird auch nicht zu befürchten haben, selbst wenn er ohne Abkömmlinge sterben sollte, dass er dereinst seine letztwilligen Verfügungen mit denen des Erblassers im Widerspruch treffen wird. Ist aber der Sohn ein Verschwender oder sonstwie zur ordnungsmässigen Verwaltung nicht in ausreichendem Masse befähigt, so kann und wird meistens der Erblasser sich in der Weise helfen, dass er seinen Sohn zum Vorerben und dessen Abkömmlinge zu Nacherben einsetzt. Wieweit dann der Vorerbe in seinen Ausgaben gehen darf, ob und wieweit er über das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen verfügen darf, schreibt ihm dann das Gesetz vor, es sei denn, dass der Erblasser ihn von dieser oder jener Verpflichtung entbunden hat.[1] (§ 2136 BGB.) Ein fernerer wichtiger Punkt in der Terminologie dieses Rechtsinstituts ist noch darin zu erblicken dass bereits mit dem Tode des Erblassers, also mit dem Voranfall der Erbschaft, der Nacherbe, wenn auch nicht wahrer Erbe wird, denn die Stellung steht ja dem Vorerben zu (§ 2139 BGB.), so doch eine dingliche Anwartschaft erhält. Seine Rechte aber — und hierin unterscheidet sich besonders die Nacherbfolge vom Vermächtnis — leitet der Nacherbe nicht vom Vorerben sondern unmittelbar vom

1) Vgl. Juristen-Zeitung 1896 No. 11 S. 210 ff.

Erblasser ab. Sein Erbewerden ist eine Thatsache, die sich vollzieht, ohne dass Vor- oder Nacherbe thätig wird, ein juristisches Ereignis wie das Erbewerden des Vorerben.[1] Je nachdem nun die Erbschaft laut Anordnung des Erblassers dem Nacherben vom Vorerben mit einem vorher festgelegten Zeitpunkt herauszugeben ist oder mit dem Tode des Vorerben anfallen soll, wird der Nacherbe wahrer Erbe. In ersterem Falle insbesondere bedarf es ebenfalls dann nicht, wie dies doch denkbar wäre, einer förmlichen Herausgabe der Erbschaft seitens des Vorerben an den Nacherben. Auch ohne eine solche, sobald der bezeichnete Zeitpunkt eingetreten ist, ist der Nacherbe Eigentümer der Erbschaftssachen, Gläubiger und Schuldner der Nachlassforderungen und Nachlassschulden u. s. w. (§ 2139 BGB.)[2] Wichtig ist dabei aber, dass das Recht des Nacherben sich im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis erstreckt.[3]

Über die prozessualen Wirkungen des Eintritts der Nacherbfolge insbesondere hinsichtlich der rechtskräftigen Urteile zwischen dem Vorerben und Dritten äussert sich § 326 CPO.[4] Was der Vorerbe dem Nacherben herauszugeben oder zu hinterlassen hat, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 2110

1) Vgl. Bunsen S. 329; Endemann III § 41.

2) Hinsichtlich der Frage, wie der Nacherbe an den zum Nachlass gehörigen Sachen Besitz erwirbt, vgl. Strohal a. a. O S. 298 ff.

3) Vgl. Buchka a. a. O. S. 428.

4) Vgl. dazu über die Aufnahme dieser neuen Bestimmung Endemann III § 424.

und 2111 BGB. Die Frage, wer zu Nacherben gültig eingesetzt werden kann, ist, entsprechend dem Wesen und dem Zweck des Instituts dahin zu beantworten, dass sowohl die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Personen als auch solche, die noch nicht erzeugt sind, dieser Rechte teilhaftig werden können.[1] Das Gleiche trifft zu für die juristischen Personen und zwar auch für solche, deren Entstehung noch in der Zukunft liegt. Überdies bestimmt dann noch § 2084 BGB. dass die noch nicht existente Person auch dann als Nacherbe berufen ist, wenn der Erblasser sie schlechthin als Erben und nicht ausdrücklich als Nacherben eingesetzt hat; und nur dann soll die Verfügung unwirksam sein, wenn feststeht, dass die Nacherbfolge dem Willen des Erblassers nicht entsprach.[2] Anders freilich liegen die Verhältnisse bei einer Stiftung in solchen Fällen. Vgl. § 2101 Abs. 2 BGB. vbd. 84. Ob den zur Zeit des Erbfalls bereits existirenden Personen einerseits und den noch nicht erzeugten andererseits in genau gleichmässiger Weise Rechtsschutz gewährt wird, soll Gegenstand späterer Untersuchung sein.

§ 6.

Die Bestellung des Pflegers.

Die wesentlichste Voraussetzung für die Bestellung eines Pflegers für eine zukünftige Deszendenz besteht darin, dass auch wirklich ein Bedürfnis zur Fürsorge

1) cf. § 2101 BGB.; Matthiass II S. 470 I; v. Buchka S. 447 VI. Vgl, ferner hierzu Groth a. a. O. S. 20.

2) vgl, Matthiass II S. 471; Strohal a. a. O. S. 96 ff.

vorliegt. Welcher Art im Einzelnen dieses letztere sein kann, das richtet sich insbesondere einerseits nach den Verfehlungen, deren sich der Vorerbe schuldig macht und andrerseits nach den einzelnen Sonderanordnungen, die der Erblasser getroffen hat. Angenommen nun, ein derartiger Bedürfnisfall wäre thatsächlich eingetreten, so bleibt des Weiteren zu prüfen, in welcher Weise die Bestellung des Pflegers zu erfolgen haben würde.

a) In formeller Hinsicht.

Der Pfleger ist, wie der Vormund vom Vormundschaftsrichter[1] mittels Handschlags an Eidesstatt auf treue und gewissenhafte Führung der Pflegschaft zu verpflichten. Es ist ihm eine entsprechende Bestallung zu erteilen. Da die Pflegschaft aber nicht ein fest abgeschlossener, durch sich selbst begrenzter Begriff ist, aus welchem die Rechte des Pflegers sich ergeben, die Funktion und das Vertretungsrecht des Pflegers sich vielmehr in jedem Falle nach ihrem Zwecke richten, so ist insbesondere der Kreis der Vertretungsbefugnisse des Pflegers für die zukünftige Deszendenz vom Vormundschaftsgericht so bestimmt festzustellen, dass daraus die Funktionen des Pflegers mit Sicherheit zu entnehmen sind.[2] Will der Vormundschaftsrichter späterhin den Kreis der Vertretungsbefugnisse des

1) Über die Zuständigkeit vgl. § 41 Ges. betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Matthiass II. S. 400 II.

2) Vgl. Böhm a. a. O. S. 190 Abs. 1.

Pflegers gelegentlich erweitern, so muss er diesen hierzu wiederum von Neuem verpflichten, vorausgesetzt natürlich, dass das Gesetz überhaupt die Anordnung einer Pflegschaft auch in diesen neuen Punkten bei einem noch nicht erzeugten Nacherben gestattet. Wie weit aber das Gesetz die Anordnung einer Pflegschaft unter diesen Bedingungen zulässt, soll hernach untersucht werden. Auch ist zu bemerken, dass der Vormundschaftsrichter ebenso wie bei der Bestellung des Vormundes, bei der des Pflegers in der Auswahl der Person nicht im entferntesten völlig frei ist. Dieselben Personen, die zur Vormundschaft „berufen" sind (§ 1776 BGB.) sind auch zur Pflegschaft berufen (§ 1915 BGB.) d. h. der Richter darf sie ohne ihre Zustimmung nicht übergehen. Sie haben zuerst das Anrecht darauf, als Pfleger bestellt zu werden.

b) In materieller Hinsicht.

Wofür die Bestellung des Pflegers erfolgt, oder mit anderen Worten, wie gross sein Wirkungskreis sein soll, das richtet sich, wie bereits oben erwähnt, nach den Umständen und Erfordernissen des einzelnen Falles. Die Bestellung eines Pflegers für zukünftige Abkömmlinge kann, wie in jedem anderen Falle, einmal erfolgen, zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit, andererseits kann den Funktionen des Pflegers ein ganzer Kreis von Angelegenheiten zugewiesen werden, sofern derselbe natürlich genau abgrenzbar ist und nicht den gesetzlichen, bereits

bei der Klarlegung des Begriffes der Pflegschaft erörternden Grundprinzipien zuwiderläuft. Im ersteren Falle, der Pflegschaftsbestellung für eine einzelne Angelegenheit, erübrigt es sich, auf die verschiedenfachen Möglichkeiten, die eine Pflegerbestellung erforderlich machen können, einzugehen, und zwar um so mehr, als einzelne Fälle in der That schwerlich Anlass zu wertvolleren Darlegungen bieten dürften. Dagegen bietet der Fall, dass der Pfleger bei zukünftigen Nacherben für einen Kreis von Angelegenheiten bestellt wird, desto mehr Veranlassung zu näherer Untersuchung. In allen Fällen aber, in denen eine Pflegschaft angeordnet ist, erreicht diese ihr Ende, wenn die Bedingungen, die für ihre Anordnung massgebend waren, hinwegfallen (§ 1919 BGB.).[1] Erforderlich ist hierfür allerdings noch ein besonderer Aufhebungsbeschluss des Vormundschaftsrichters.[2]

§ 7.

Der Wirkungskreis des für eine zukünftige Deszendenz als Nacherben bestellten Pflegers, wenn seine einzelnen Funktionen nicht genau spezialisiert sind, sondern ihm nur ein Kreis von Angelegenheiten zugewiesen ist.

Dass es auch hier viele Möglichkeiten giebt, dass es weiter und enger begrenzte Kreise von

1) Vgl. Buchka a. a. O. S. 398 XXIV. Böhm S. 180 IV. Abs. 3. Matthiass II. S. 401 II.

2) Fischer und Henle Anm. 1 zu § 1919. Vgl. aber § 1918 Abs. 1. Dazu auch Böhm S. 180 IV. Abs. 2.

Angelegenheiten geben kann, für welche die Bestellung des Pflegers erfolgen kann, ist naturgemäss, und auch hier wiederum lautet die Aufgabe nicht dahin, diese verschiedenartigen Möglichkeiten zu erforschen. Es mag daher genügen, wenn bei der Behandlung ein vom Gesetz selbst festgelegter Kreis von Angelegenheiten herangezogen wird, der mit Recht Anspruch darauf erhebt der umfassendste zu sein, in dem sich alle anderen Möglichkeiten auflösen. Um die an die Spitze dieses Abschnitts gestellte Frage zu erörtern, empfiehlt es sich, von einem Beispiel auszugehen. Als solches sei folgender Fall gewählt:

Ein Erblasser hat seinen Sohn zum Vorerben eingesetzt und die dereinstigen, d h. zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge vorhandenen ehelichen Abkömmlinge des letzteren als Nacherben bestimmt. Befreiungen in der Verwaltung der Vorerbschaft hat dabei der Erblasser dem Vorerben nicht gestattet. Der Vorerbe, der die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat, verwaltet anfangs die der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände ganz ordnungsmässig. Mit der Zeit aber wird er verschwenderisch und führt überhaupt die Verwaltung in unwirtschaftlicher Weise. Infolgedessen kommt er in seinen Verhältnissen bedenklich herunter. Dies giebt dem zuständigen Amtsgericht Veranlassung, ihm gegenüber einen Pfleger zu bestellen für „die dereinst vorhandenen ehelichen Abkömmlinge des Vorerben“ und zwar, wie es in der Bestallung heisst,

zur Wahrnehmung ihrer Rechte gegenüber dem Vorerben.

Unter diesen Umständen erwächst die doppelte Frage, ob einerseits mit Rücksicht auf den Inhalt der Verpflichtung den gesetzlichen Erfordernissen Genüge geschehen ist, und welche Funktionen andrerseits dem Pfleger zugefallen sind. Zu dem ersteren Teile der Frage darf es als unbestreitbar bezeichnet werden, dass die Einrichtung dieser Pflegschaft „zur Wahrnehmung der Rechte der Nacherben gegenüber dem Vorerben" eine Verpflichtung für einen Kreis von Angelegenheiten bedeutet. Es darf ferner m. E. unbedenklich angenommen werden, dass eine solche Verpflichtung im Allgemeinen den gesetzlichen Erfordernissen Genüge leistet. Dies gilt im vorliegenden Falle bei der Pflegschaftsbestellung für einen Nacherben als zweifellos, während es nicht mit der gleichen Bestimmtheit für alle anderen Fälle schlechthin als ausreichend hingestellt werden darf. Da nämlich der Pfleger die Rechte der Nacherben gegenüber dem Vorerben wahrnehmen soll, diese Rechte aber im Gesetz unter dem Kapitel der Nacherbfolge ganz genau geregelt sind, so kann man in jedem Falle in dieser Verpflichtung eine stillschweigende Verweisung auf die im Gesetz genau begrenzten Rechte des Nacherben erblicken, die somit stillschweigend zu einem Teile der Verpflichtung gemacht sind.[1] In der That dürfte es, da das

1) Denselben Standpunkt vertreten auch Schulzenstein und Köhne „das deutsche Vormundschaftsrecht" a. a. O. S. 306.

Gesetz diese Rechte festgelegt hat, geradezu als überflüssig erscheinen, wollte der Vormundschaftsrichter den Pfleger bei der Vereidigung auf seine Obliegenheiten auf die sämtlichen Rechte, die den Nacherben als solchen gegenüber dem Vorerben zustehen, einzeln verpflichten oder auch nur diese Rechte bei dieser Gelegenheit im Einzelnen anführen.

Weiterhin bleibt nunmehr zu untersuchen, welche Rechte dem Nacherben und nach Massgabe der für den Pfleger erfolgten Bestellung im vorliegenden Falle auch diesem gegenüber dem Vorerben laut gesetzlicher Vorschrift zustehen. Die Lehre von der Nacherbschaft soll dabei aber nur insoweit herangezogen werden, als dies in Berücksichtigung der zu behandelnden Frage als dienlich erscheint.

Während das ALR.[1] den dem Nacherben gegenüber dem Vorerben zustehenden Rechten das Verhältnis des Eigentümers zum Niessbraucher zu Grunde legt, sieht das BGB. eine ganze Anzahl von Befugnissen vor, die zur Sicherung des Gutes der Nacherben in der Hand des Vorerben dienen.[2] Diese, dem Nacherben hinsichtlich der Erbschaft zustehenden Befugnisse lassen sich in zwei Kategorien teilen. Einerseits sind es eine Reihe wirklicher Rechte, die dem Nacherben für seine

1) Vgl. ALR. §§ 468 ff. I, 12.

2) Über das beschränkte Verfügungsrecht des Vorerben und dessen Anordnung aus allgemeinen Gesichtspunkten vgl. ausführlich Groth a. a. O. S. 41. ff.

Person zustehen, und die er jederzeit dem Vorerben gegenüber geltend machen kann, andrerseits aber sind ihm eine Anzahl von Verwaltungsbefugnissen kraft Gesetzes eingeräumt, es sei denn dass der Erblasser zu Gunsten des Vorerben diesem eine Anzahl von Befreiungen in dieser oder jener Hinsicht hat zuteil werden lassen Diese Freiheit bleibt nach dem Gesetz dem Erblasser ganz unbenommen. Das BGB. macht freilich eine andere Einteilung. Es scheidet nicht Rechte von Verwaltungsbefugnissen, sondern regelt in den §§ 2112 bis 2146 unter der gemeinsamen Überschrift „Rechtsverhältnisse zwischen dem Vor- und Nacherben" in den §§ 2112 bis 2138 die Rechtsverhältnisse des Vorerben bis zum Eintritt des Nacherbfalles und in den §§ 2139 bis 2146 die nämlichen Rechtsverhältnisse nach dem Eintritt dieses Zeitpunktes.[1] Es mag indessen aus Zweckmässigkeitsrücksichten an dieser Stelle die vorhin erwähnte Einteilung, entgegen dem Vorgehen des Gesetzgebers angenommen werden. Der Erblasser kann den Vorerben nun von den Beschränkungen und Verpflichtungen ausdrücklich entbinden, er kann aber auch mit demselben Erfolge den Nacherben auf das einsetzen, was bei dem Eintritt der Nacherbfolge noch von den Erbschaftsgegenständen übrig ist. In diesem Falle greift alsdann die Bestimmung des

1) Vgl. auch Matthiass a. a. O. Bd. II S. 473 § 150.

§ 2137 BGB. Platz, nach welcher die Vorerbschaft als befreite Vorerbschaft anzusehen sein würde.[1] [2]

Die Rechte des Nacherben und seines Pflegers sind, wie bemerkt, genau vom Gesetze bestimmt. Da mit ihnen die Befugnisse der Nacherben und somit auch des Pflegers erschöpft sind, so mag ihre Aufzählung, zumal es darauf ankommt, die Vertretungsbefugnisse des Pflegers möglichst scharf zu umgrenzen, als angezeigt erscheinen.

Der Pfleger kann einmal verlangen, dass für einen zur Erbschaft gehörenden Wald, ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage im Wirtschaftsplan festgestellt werde, nach welchem die Bewirtschaftung dieser Anlage zu erfolgen hat, (§ 2123) eine Bestimmung die offenbar aus dem Niessbrauchsrechte hierher übernommen ist. (Vgl. § 1038 BGB.) Daneben aber kann der Pfleger vom Vorerben verlangen, dass er ihm ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitteile. Dieses Verzeichnis hat der Vorerbe mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen, mit seinem Namen zu unterzeichnen und auf Verlangen des

1) Vgl. hierzu im röm. R. die fideicommissio eius quod sepererit, d. h. über $^3/_4$ durfte der fideicommissar verfügen, $^1/_4$ der Erbschaft dagegen musste er für Loskauf von Gefangenen und zur Unterstützung armer Verwandter bewahren. Vgl. dazu ausführlich Juristen-Zeitung 1896 No. 11 S. 211 und 212.

2) Niemals aber kann laut Gesetzesvorschrift des Erblassers den Vorerben davon befreien. ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände anzufertigen und dies dem Nacherben, und falls er einen Pfleger hat, dem letzteren mitzuteilen.

Nacherben beglaubigen zu lassen. (§ 2121 BGB. die Absätze 2—4 daselbst regeln besondere hier unerhebliche Förmlichkeiten, sowie die Frage der Kostentragung). Desgleichen kann der Pfleger verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben weiter erheblich verletzt, dass der Vorerbe Auskunft über den Bestand der Erbschaft gebe. Weigert sich der Vorerbe hierzu, so kann der Pfleger dies auf jenes Kosten durch Sachverständige bewirken lassen (§ 2122). Ergiebt sich hiernach, dass durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet wird, so kann der Pfleger Sicherheit verlangen (§ 2128 BGB.)[1] Auch die zur Erbschaft gehörigen Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen muss der Vorerbe auf das Verlangen des Pflegers bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank mit der Bestimmung hinterlegen, dass die Herausgabe nur mit Zustimmung des Pflegers verlangt werden kann. Die in derartigen Fällen meistens zulässige Umschreibung auf Namen[2] hinsichtlich der Inhaberpapiere

1) Auf das Verfahren selbst wiederum finden die für den Niessbrauch gegebenen Vorschriften Anwendung (§§ 2128 II 1052 BGB.) d. h. ist der Vorerbe rechtskräftig verurteilt, und leistet er die Sicherheit in bestimmter Frist nicht, so kann die Verwaltung ohne Weiteres einem vom Gericht zu bestellenden Verwalter übertragen werden.

2) Das „Ausserkurssetzen", welches das bisherige Recht zuliess, ist vom BGB. beseitigt worden.

ist unter den im § 2117 gegebenen Voraussetzungen auch hier zulässig. Falls dagegen zu der Erbschaft Buchforderungen gehören gegen das Reich oder einen Bundesstaat, so ist der Vorerbe auf Verlangen des Pflegers verpflichtet, in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, dass er über die Forderung nur mit Einwilligung des Nacherben oder seines Pflegers verfügen dürfe. (§ 2118). Schliesslich kann der Pfleger für den Nacherben verlangen, dass durch eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, die Rechte des Nacherben nicht vereitelt oder beeinträchtigt werden. (§ 2115). Ist letzteres der Fall, so sollen die Verfügungen unwirksam sein, falls die Nacherbfolge eintritt, vorausgesetzt natürlich, dass der Anspruch des Nachlassgläubigers im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nicht auch dem Nacherben gegenüber wirksam sein würde.

Als solche, im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügungen kommen insbesondere in Betracht Pfändung und Verkauf von Nachlassgegenständen, Überweisung von Nachlassforderungen, Eintragung von Sicherungshypotheken, Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung.[1]

Dies sind die Rechte, die das Gesetz im normalen Falle dem Nacherben gegenüber dem Vorerben verleiht und die in dem hier erörterten Falle nach Massgabe der Bestellung dem zur

1) Vgl. Perrin a. a. O. S. 28.

Wahrnehmung der Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben bestellten Pfleger zuzusprechen sind. Daneben finden sich noch eine ganze Reihe von Verwaltungsbefugnissen der Nacherben und ihres Pflegers hinsichtlich des der Nacherbfolge unterliegenden Gutes. In den nachstehenden Darlegungen bedarf der Vorerbe einer Zustimmung seitens des Nacherben oder Pflegers, wenn er mit Rechtswirksamkeit auch für den Nacherben Verfügungen über die Erbschaft vornehmen will.

Dem Vorerben gebühren bis zum Eintritt der Nacherbfolge nach Massgabe des § 101 BGB. die Nutzungen der zur Erbschaft gehörigen Gegenstände und es kommt ihm auch die hierzu erforderliche Verwaltung an denselben von Gesetzeswegen zu. Trotzdem aber hat der Vorerbe bei der Ausübung dieses Verwaltungs- und Nutzniessungsrechtes immer zu bedenken, dass er verpflichtet ist, hernach die Erbschaft dem Nacherben zu überliefern.[1] Der jeweilige Bestand der Erbschaft muss sich somit als das Produkt einer fortgesetzten, ordnungsmässigen Wirtschaft darstellen und in diesem Sinne muss der Vorerbe auch die Bewirtschaftung führen (§ 2130 BGB.) Zieht der Vorerbe trotzdem den Regeln einer

1) Über den Fruchterwerb selbst vgl. § 953 BGB. Zu berücksichtigen ist aber § 2133, der den Wert solcher Früchte, die der Vorerbe den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zuwider oder infolge besonderer Ereignisse (z. B. Schneebruch) zieht, ihm nur insoweit zukommen lässt, als durch den ordnungsmässigen oder übermässigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden und nicht der Wert der Früchte nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist.

ordnungsmässigen Wirtschaft zuwider Früchte aus der Erbschaft, dann greift die Vorschrift des § 2131 BGB. Platz, nach welcher er dem Nacherben für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Damit aber der Pfleger sich jederzeit über den Stand und die Lage der Dinge unterrichten kann, soll der Vorerbe verpflichtet sein, ihm auf Verlangen Rechenschaft abzulegen (§ 2136 II. BGB.).[1] Auch ist er verpflichtet, Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften anzulegen (§ 2119 BGB.). Ebenso tritt eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben zu Gunsten des Nacherben ein, wenn er über ein zur Nacherbenschaft gehörendes Grundstück oder über ein Recht an einem solchen Grundstück verfügen will (§ 2113 BGB.).[2] Dasselbe gilt auch für den Fall, dass es sich um die Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand handelt, die unentgeltlich oder zum Zweck der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, es sei denn, dass es sich um Schenkungen handelt, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand

1) Nicht zu verwechseln mit dieser Pflicht zur Rechenschaftslegung ist die Inventarpflicht des Vorerben. Man wird mit Planck. vgl. Note 1 zu § 2121, annehmen müssen, dass die Mitteilung des Verzeichnisses nur einmal verlangt werden kann.

2) In Bezug hierauf verlangt dann die Grundbuchforderung in § 52 im Interesse des Schutzes des Verkehrs, dass in solchen Fällen, in denen der Vorerbe eingetragen wird, zugleich auch das Recht des Nacherben einzutragen ist, und zwar dieses von Amtswegen.

zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Nimmt in diesen Fällen der Vorerbe trotzdem selbständig Verfügungen vor, so finden gleichwohl die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herbeileiten, entsprechende Anwendung. In diesem Falle hat der Nacherbe beziehungsweise sein Pfleger nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Vorerben, der freilich in dem letzteren Falle (S. 51) aus § 816 BGB. Abs. 1 Satz 2 sich auch gegen den Dritten richten kann.[1]

Will schliesslich der Vorerbe zu der Nacherbschaft etwa gehörige Hypothekenforderungen, Grundforderungen oder Rentenschulden kündigen und einziehen, so kann dies nur in der Weise erfolgen, dass sich der Pfleger damit einverstanden erklärt. Nur dann kann der Vorerbe verlangen, dass das Kapital an ihn gezahlt oder für den Erben hinterlegt wird (§ 2114).

Hatten diese Darlegungen einmal die Zulässigkeit der Pflegerbestellung und sodann den Umkreis der kraft Gesetzes dem Pfleger zugewiesenen Befugnisse zum Gegenstande, so kommt es des Weiteren darauf an, festzustellen, mit welchen Rechtswirkungen für die zukünftige Deszenenz der Pfleger Rechtsgeschäfte vornehmen könnte, beispielsweise einen gewöhnlichen Kaufvertrag, die ausserhalb dieses ihm in seiner Bestallung zugewiesenen Wirkungskreises liegen. Auch fragt es sich, ob er überhaupt vom Richter zu einem solchen Rechtsgeschäft bestellt werden kann, ob es zulässig ist, dass der Vormundschaftsrichter zu einem

1) Vgl. übrigens hierzu Hachenburg S. 47.

solchen Rechtsgeschäft nachträglich seine Genehmigung erteilt und welche Rechtswirkungen einer derartigen Genehmigung beizulegen sind.

Es möge gestattet sein, zum Zweck der Veranschaulichung auf oben erwähnten Fall mit der Massgabe zurückzugreifen, dass er in folgender Weise als erweitert gedacht wird: Nach einiger Zeit schliesst die Ehefrau des Erblassers, die ebenfalls ihr Vermögen ihren Enkeln zu erhalten wünscht, die sich aber aus irgend einem Grunde zu letztwilligen Anordnungen nicht entschliessen mag, mit dem oben erwähnten Pfleger einen Kaufvertrag ab, Inhalts dessen sie ihr Haus, worin wesentlich ihr Vermögen besteht, zu einem sehr billigen Preise an die durch den Pfleger vertretenen dereinstigen Abkömmlinge ihres Sohnes veräussert. Es erwächst jetzt die Frage, ob der Pfleger zum Abschluss eines solchen Kaufvertrags legitimiert sein würde. Aus den obigen Ausführungen über das Wesen der Pflegschaft und ihre unerlässlichen Erfordernisse, die grundsätzlich eine genaue Spezialisierung der Funktionen des Pflegers erheischen, muss ohne Weiteres erhellen, dass der fragliche Vertrag ausserhalb des dem Pfleger zugewiesenen Wirkungskreises liegt. Der Kaufvertrag aber, ohne Vertretungsmacht abgeschlossen, wird dadurch zwar unter normalen Umständen — es soll hier von dem vorliegenden Sonderfalle abgesehen werden — nicht ohne Weiteres ungültig sondern tritt vielmehr in den eigentümlichen Schwebezustand, dem jedes vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossene zweiseitige

Rechtsgeschäft unterliegt, d. h. seine Wirkungen für und gegen den Vertretenen hängen nunmehr von der Genehmigung des Berechtigten ab. Erst mit der Verweigerung dieser Genehmigung wird er thatsächlich unwirksam. Eine Genehmigung zu einem solchen negotium claudicans kann aber nur durch den eigentlich Berechtigten erfolgen (§ 185,2 BGB.) Dieser Genehmigungsberechtigte kann in dem erwähnten Sinne aber niemals der Vormundschaftsrichter sein, besonders aber nicht in dem konstruierten Falle, wo dem nachträglichen Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts übrigens noch ganz andere, viel schwerer wiegende Hindernisse im Wege stehen, wie in den nachfolgenden Erörterungen des Näheren dargelegt werden soll. Es ist allerdings im Gesetz gesagt, dass bei einer ganzen Reihe von Rechtsgeschäften die Genehmigung des Vormundschaftsrichters zum Zustandekommen des Recktsgeschäfts erforderlich sei. Es sind das aber nur solche Rechtsgeschäfte, für deren Vornahme der Pfleger auch von vorneherein legitimiert sein muss, Rechtsgeschäfte, die ihrer Wichtigkeit wegen nicht ohne Wissen und Willen des Vormundschaftsrichters abgeschlossen werden dürfen und zu denen dieserhalb die Einwilligung des Vormundschaftsrichters erforderlich ist. Dem Vorerben, als dem Inhaber der elterlichen Gewalt, würde in den weitaus meisten Fällen — auch in dem oben angenommenen — das Genehmigungsrecht zuzusprechen sein. Freilich dürfte wohl derselbe, weil in den meisten Fällen entgegen seinen Interessen, selten von diesem Rechte Gebrauch machen.

Bereits aus diesen Erwägungen heraus ergiebt sich, dass Rechtsgeschäfte, die der Pfleger ausserhalb seines Wirkungskreises vornimmt, in Ermangelung der erforderlichen Genehmigung des Vorerben, sofern er im Besitze der elterlichen Gewalt ist, meistens keine Rechtsgültigkeit erlangen, also von Anfang an nichtig sind. Aber auch gänzlich abgesehen hiervon liegt der Grund, weshalb ein Rechtsgeschäft, das ein für eine zukünftige Descendenz bestellter Pfleger über den Bereich seiner Vertretungsbefugnisse hinaus abschliesst, immer nichtig sein muss, völlig unabhängig von einer Genehmigung auf einem ganz anderen Gebiete.

Angenommen das Amtsgericht hätte bei der Bestellung den Pfleger ausser zur Wahrnehmung der Nacherbenrechte allgemeinhin noch speziell zum Abschluss des fraglichen Kaufvertrages ermächtigt und ihn auch hierfür vereidigt, so müsste trotzdem der in Gemässheit dieser erweiterten Befugnis abgeschlossene Vertrag als nichtig bezeichnet werden. Diese Aufstellung ist deshalb hervorgehoben und soll einer weiteren Behandlung unterzogen werden, weil ja im Allgemeinen, abgesehen von dem § 1913 Abs. II BGB. der Bestellung eines Pflegers zu einem solchen Zwecke nach § 1910 Satz 1 BGB. nichts im Wege steht.

Die hier vertretene Auffassung kann in erster Linie damit begründet werden, dass nach dem im § 1 BGB. aufgestellten, grundlegenden Prinzip die Rechtsfähigkeit eines Menschen mit der vollendeten Geburt beginnt. Grundsätzlich lässt somit, — ein

argumentum e contrario dieser Bestimmung, — das Gesetz vor diesem Augenblick, nämlich der vollendeten Geburt, dem Menschen noch keinen Rechtsschutz angedeihen und spricht ihm auch noch keine Rechte zu: denn er ist ja noch kein Rechtssubjekt. Es ist allerdings nicht ohne Weiteres angemessen, in das gesetzgeberische Prinzip des § 1 ein „nur", ich meine den Gedanken hineinzulegen, dass der Gesetzgeber in allen Fällen vor Vollendung der Geburt die Rechtsfähigkeit allgemeinhin habe ausschliessen wollen. Ein argumentum e contrario hat immer nur dann Sinn, wenn es in weiteren allgemeinen Grundgedanken oder besonderen Bestimmungen des Gesetzes eine feste Unterstützung findet. Ohne dies wäre ja auch die für das Civilrecht sonst so bedeutsame Rechtsquelle der Analogie von vornherein ausgeschlossen. Es fragt sich daher, ob dies argumentum e contrario des § 1 BGB. durch eines dieser Momente Rechtfertigung findet. In der That giebt nun das Gesetz einen sicheren Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber den § 1 auch nach der negativen Seite prinzipiell ausgelegt wissen will.

Zwar kennt das bürgerliche Gesetzbuch eine Reihe von Bestimmungen in denen es dem nasciturus[1]

1) Im Hinblick auf die thatsächliche Regelung der Rechtsstellung des nasciturus im BGB. macht Matthiass (vgl. das. I S. 72 Ziff. 4) eine Trennung hinsichtlich der Gründe, die bei der Regelung den Gesetzgeber geleitet haben: „Die Rechtsordnung hat die Eventualität seiner künftigen Rechtsfähigkeit einerseits um seiner eigenen Interessen Willen direkt ins Auge gefasst, sodann aber schützt sie ihn auch dadurch, dass sie die Interessen der Mutter sichert."

einzelne Vorschriften auch, in denen es sogar einem noch nicht einmal Erzeugten teilweise einen Anspruch auf die Rechte gewährt, die es grundsätzlich erst mit der vollendeten Geburt zur Entstehung gelangt wissen will.

Bezüglich der ersteren Art trifft das Gesetz folgende Bestimmungen: Einmal verpflichtet es im § 844 II im Falle einer Tödtung den Ersatzpflichtigen, dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getödtete während der mutmasslichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde, falls der Getödtete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse stand, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder doch werden konnte, sofern freilich dem Dritten infolge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen ist. Dabei macht das Gesetz keinen Unterschied, ob der Dritte zur Zeit der Verletzung lebte, oder ob er erst erzeugt aber noch nicht geboren war. Ferner besagt auch der § 1912 BGB., dass eine Leibesfrucht zur Wahrung ihrer zukünftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen, einen Pfleger erhält. Würde das Kind freilich im Falle seiner Geburt unter elterlicher Gewalt stehen, dann sollen diese Fürsorgerechte dem Vater oder der Mutter zustehen. Dies ändert aber an der Thatsache, dass auch hier das Gesetz Rechte noch nicht Geborener schützt, keineswegs etwas. Sodann verleiht das Gesetz dem nasciturus, und auch hier im Gegensatz mit

den im § 1923 festgelegten Grundsätzen, ein Erbrecht, indem es bestimmt, dass derjenige, der zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, als vor dem Erbfall geboren gelten soll. Und schliesslich besagt der § 2162 BGB.: „Ist der mit einem Vermächtnis Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so wird das Vermächtnis mit dem Ablaufe von dreissig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Bedachte erzeugt oder das Ereignis eingetreten ist, durch welches seine Persönlichkeit bestimmt wird."

Mit dieser Aufzählung dürften die Fälle, in denen das BGB. dem nasciturus Rechtsschutz gewährt, erschöpft sein. Daneben aber lässt es in einzelnen, noch selteneren Fällen dem noch nicht Konzipirten einen gewissen Rechtsschutz angedeihen. In Betracht kommen hier einmal insbesondere der im Vorliegenden zu behandelnde Fall des § 1913 und sodann der Fall des § 2101, welcher eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person im Zweifel als Nacherben eingesetzt wissen will, falls sie als Erbe vom Erblasser eingesetzt ist. Hiermit hat das BGB. die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht konzipierten Person prinzipiell anerkannt und zu den Zweifeln, die das gemeine Recht beherrschten, definitiv Stellung genommen.[1] Zwar war die hier vom BGB. aufgestellte Ansicht

1) Vgl. hierzu Ollmann a. a. O. S. 12 ff.

auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts bereits begünstigt und sie fand einen würdigen Vertreter in Dernburg;[1] indessen verhielt die Majorität sich dieser Frage gegenüber verneinend und als erster unter ihnen Windscheid.[2] Nach § 2109 schliesslich bleibt die Einsetzung eines Nacherben, die sich nach Abs. 1 daselbst grundsätzlich nicht über die Zeit von 30 Jahren hinaus hinsichtlich ihrer Anordnung erstrecken soll, auch über diese Zeit hinaus wirksam, wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, dass ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist.

Wenn somit die Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit des nasciturus so spärlich und diejenigen über die des noch nicht Erzeugten so ganz ausserordentlich vereinzelt sind, so darf in Verbindung mit dem argumentum e contrario aus § 1 und bei dem Mangel irgend welcher entgenstehenden Einzelordnung oder solcher Grundgedanken der Schluss berechtigt erscheinen, dass es dem Gesetzgeber mit diesen Normen, in jedem Falle aber mit denen über die noch nicht erzeugten Abkömmlinge lediglich um besondere Ansnahmen zu thun war, die den Grundsatz des § 1 aber unberührt lassen. Übrigens findet sich diese Auffassung in der Wissenschaft vielfach und desgleichen auch in den zwar ohne Gesetzeskraft bestehenden, aber doch immerhin für die Auslegung des Gesetzestextes sehr bedeutsamen Motiven

1) Vgl. Dernburg, Pandektenlehrbuch III. § 59.
2) Vgl. Windscheid a a. O. III. § 435 und § 549.

mit Entschiedenheit vertreten. Die Motive[1] führen aus, dass der Grundsatz, der die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der vollendeten Geburt beginnen lässt, zugleich den Gedanken umschliesse, eine Leibesfrucht könne nicht Trägerin von Rechten sein. Hiermit aber sei es nicht unvereinbar, dass dem werdenden Menschen wie auf strafrechtlichem Gebiete so auch auf privatrechtlichem eine gewisse Berücksichtigung zuteil werde. Das römische Recht lasse, soweit ein Anfall von Rechten während des Fötalzustandes in Frage komme, den Anfall in der Schwebe und behandelte, wenn die Leibesfrucht zu einem rechtsfähigen Menschen sich später entwickelte, die Rechte so, als wenn sie einem rechtsfähigen Subjekt angefallen wären. Die neueren Gesetze suchten die Stellung der Leibesfrucht in verschiedenen Wendungen zu bestimmen, zumeist im Anschluss an den Satz: „nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur." Als Beispiele hierfür werden dann angegeben das ALR § 12 I,12, das bayer. LR. § 2 No. 3 I,3, das sächs. GB. § 32, das österr. GB. § 22, das zürich. GB. § 10 und das niederländ. GB. Art. 3.

Der von den Motiven zuletzt erwähnte Grundsatz ist mit Recht in dieser Allgemeinheit anzufechten und auch bereits vielfach angefochten worden. Selbst wenn man den bereits oben erwähnten Grundsatz des § 1923 II. BGB. berücksichtigt wo doch dem nasciturus ein ganzer Komplex von Rechten

1) Vgl. Motive Bd. I. S. 29 Ziff. 4.

zuerkannt ist, so muss doch eingeräumt werden, dass alle die auf Grund dieser Bestimmung dem zur Zeit des Erbfalls bereits Erzeugten aber noch nicht Geborenen zuerkannten Rechte doch nur Ausnahmen jenes grossen Grundprinzips des § 1 BGB. sind. Diesen Charakter Ausnahmefälle zu sein, können sie aber niemals verleugnen. Dass der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Erbrechts dem Prinzip des § 1 entgegen Sonderanordnungen getroffen hat und auch treffen musste, ist ein notwendiges Bedürfnis, welches sich aus dem Gesichtspunkte rechtfertigt, dass wohl nirgendwo so viel wie im Erbrecht Rechte auf dem Spiele stehen, die aber nach Möglichkeit ihren Berechtigten zu erhalten, im Interesse der öffentlichen Ordnung die Aufgabe des Staates ist. Es würde daher weit gefehlt sein, wollte man aus dieser Gesetzesbestimmung allgemeine Folgerungen ziehen, womöglich sogar auch für den noch nicht einmal Erzeugten.

Und diesem Standpunkte huldigt auch vor nehmlich die bisherige Litteratur, sofern sie sich mit dieser Frage eingehender befasst hat.[1]

Nur dann also, wenn es sich um die Wahrung ausnahmsweise vom Gesetze anerkannter Rechte einer zukünftigen Deszendenz handelt, ist die Anordnung einer Pflegschaft zulässig, jedenfalls aber

1) Vgl. Schulzenstein-Köhne: Deutsches Vormundschaftsrecht a. a. O. Anm. 1 zu § 1913. Planck a. a. O. zu § 1913. Schröder und Mugdan: S. 517, Motive IV. S. 1265. Böhm: S. 188 Abs. 2 Dernburg: Pandekten VI. Aufl. S. 111 Ziff. 3. Matthiass: I. S. 72. II A Ziff. 4. Fischer und Henle: Anm. 5 zu § 1. Ollmannn a. a. O. S. 38 Abs. II.

nicht ganz allgemein. Sofern solche Ausnahmen aber nicht ganz ausdrücklich vom Gesetz normiert sind, ist der Erwerb von Rechten für Personen, deren Existenzbeginn erst in der Zukunft liegt, insbesondere für den noch nicht einmal Erzeugten — und um einen solchen handelt es sich ja in dem angenommenen Falle — unmöglich: denn als Regel für den Beginn der Rechtsfähigkeit gehört dazu die Vollendung der Geburt. Berücksichtigt man nun ausserdem noch, dass die Fälle, in denen das Gesetz der künftigen Deszendenz Rechte einräumt, in den obigen Paragraphen genau ausgezählt sind, so gelangt man notwendigerweise zu dem Ergebnis, dass eine Pflegerbestellung zur Vornahme anderer, ausserhalb dieser vom Gesetz gezogenen Grenzen liegender Rechtsgeschäfte, wie dies die Vornahme des erwähnten Kaufvertrages sein würde, einen Verstoss gegen das grundlegende Prinzip des § 1 enthalten würde. Der Kaufvertrag würde als ausserhalb der Grenzen des Rechtsschutzes liegend, trotz förmlicher Bestallung des Pflegers auf diesen Vertrag von Anfang an nichtig sein.

Andrer Ansicht scheint freilich Rehbein zu sein.[1] Er nimmt an, dass im Hinblick auf den § 2101 BGB. nach dem Gesetze auch andere als nur Erbrechte für den noch nicht erzeugten zukünftigen Menschen für den Fall seiner Erzeugung und Geburt begründet werden können. Zur Unterstützung seiner Ansicht zieht er eine Entscheidung des Obertribunals

1) Vgl. Rehbein a. a. O. I S. 5, 5 Anm. 2 Abs. 2.

heran,[1] in der allerdings die Schenkung an eine künftige Deszendenz für zulässig erklärt ist. Diese Entscheidung besagt, dass die Nacherben bei Abschluss des Rechtsgeschäfts durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten sind und sieht somit ausdrücklich die Nacherben als Mitkontrahenten an. Der Erwerb sei vorhanden, freilich als ein bedingter Erwerb, abhängig von dem Eintritt der Geburt. In dieser Ausführung dürfte jedoch übersehen sein, dass ein Rechtssubjekt doch erst mit der Geburt vorhanden ist, vorher also eine Vertretung und insbesondere ein Erwerb von Rechten, auch bedingten Rechten für ein Wesen, dessen Existenzbeginn erst in der Zukunft liegt, unmöglich ist, sofern eben das Gesetz nicht besondere Ausnahmefälle konstruiert hat. Dass nun aber die Fälle, in denen das Gesetz einen Rechtsschutz zukünftiger menschlicher Existenzen, die noch nicht einmal erzeugt sind, anerkennt, lediglich Ausnahmefälle sind, ergiebt sich, wie oben gesehen, aus der Vereinzelung der betreffenden Bestimmungen und dem Prinzip des § 1, dass aber nur Erbrechte kraft gesetzlicher Ausnahmebestimmung für den noch nicht einmal erzeugten Abkömmling wahrgenommen werden können, ergiebt sich zur Genüge aus den obigen Erörterungen.

§ 8.

Subjektlose Rechte.

Im Anschluss hieran mag noch ein Punkt zu kurzer Behandlung herangezogen werden, der

1) Entsch. d. Ob.-Tr. Bd. 47 S. 113 ff.

namentlich in der Lehre des modernen Rechts viel Aufsehen erregt, die Lehre von den sogen. „Subjektlosen Rechten".

Einzelne Juristen sprechen in dem Falle, wo derjenige, in dessen Interesse der Gesetzgeber gewisse Rechte normirt hat, noch nicht einmal als werdender Mensch existiert, mit besonderer Vorliebe von subjektlosen Rechten.[1] Mit Bezug hierauf aber möchte ich bemerken, dass ein solches Institut dem BGB. durchaus fremd ist. Es ist undenkbar, dass ohne einen Berechtigten, ein Subjekt, irgend ein Recht entstehen oder bestehen kann. Der Berechtigte und das Recht sind zwei unzertrennliche Begriffe ebenso wie, um mit Leonhard[2] zu sprechen, eine Verlobung ohne Braut und ein Mord ohne Todesfall undenkbar sind. Es ist mit dem Prinzip des § 1 BGB. und des § 50 CPO. ganz unvereinbar, wenn man für die vom Pfleger wahrzunehmenden Rechte den nondum conceptus Subjekt und im Prozess Partei sein lassen wollte, wie dies in früheren Zeitenn das Reichsgericht wollte.[3] Da aber jedes Recht einen Berechtigten haben muss, so bleibt nichts anderes übrig, als die Rechte die der Pfleger nach § 1913 wahrzunehmen hat die Rechte also, die das Gesetz dem Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft giebt, als eigene Rechte des Pflegers

1) Vgl. Hachenburg Vorträge, desgl. Eck Vorträge a. a. O.

2) Vgl. Leonhard a. a. O. I S. 149 IV, ebenso Matthiass Bd. I S. 72 II. A. 4.

3) Vgl. Entscheid. des RG. vom 10. November 1892 in Gruchot's Beiträgen Bd. 37 S. 913 ff.

anzusehen und zwar wie Schulze[1] sagt, als eigene Rechte zu treuer Hand. Diese Rechte, die zu den Eigentumsrechten des Nacherben gehören und in ihnen aufgehen, fallen mit der Geburt des Nacherben, wodurch der Anfall der Erbschaft bewirkt wird, (§ 2016 II BGB) diesem mit dem übrigen Eigentum somit ohne Weiteres zu. Zugleich aber erreichen hiermit auch Amt und Rechte des Pflegers ihr Ende.

Diese Konstruktion, die Rechte, die der Pfleger für die Nacherben wahrzunehmen hat, als eigene Rechte des Pflegers anzusehen, kann allerdings auf den ersten Blick als gewagt erscheinen, zumal überhaupt dem modernen Rechte das Institut des Treuhänders bei Weitem nicht mehr in dem Umfange bekannt ist,[2] wie dem alten deutschen Recht. Berücksichtigt man aber die obigen Ausführungen, wonach es ein Recht ohne Berechtigten schlechterdings nicht giebt und zieht andrerseits in Betracht, dass das Fortbestehen des Instituts der Treuhänderschaft, auch wenn es nicht expressis verbis im Gesetz geregelt ist, trotzdem in der bisherigen Litteratur des BGB. Anerkennung gefunden hat,[3] so gelangt man zu dem Schlusse, dass eine solche Konstruktion auch nach dem Inkrafttreten des BGB. noch recht wohl zulässig ist.

---

1) Vgl. Schulze a. a. O. „Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht S. 64.

2) Es sei bei dieser Gelegenheit übrigens bemerkt, dass in der Kommission ein Antrag auf Übernahme dieses Instituts ins BGB. abgelehnt wurde. Vgl. Prot. II S. 360 ff.

3) Vgl. Endemann Lehrbuch I § 71 Ziff. III Cosack Lehrbuch I § 64 Ziff. I 9. Schulze a. a. O. S. 19 § 4. Mattiass II S. 196.

Ganz unzulässig würde es jedenfalls sein, wenn man die Konstruktion, die das gemeine Recht stark beherrschte, auch in die Lehre des BGB. aufnehmen wollte, nämlich die Theorie von der hereditas jacens. Diese ist von dem Standpunkte moderner Rechtsanschauung als völlig veraltet anzusehen und nur wenige giebt es, die sich als ihre Anhänger bekennen. Was übrigens die Konstruktion der Pflegerbestellung im § 1913 BGB. betrifft, dass man berechtigt ist, seiner rechtlichen Stellung die Rechte und Pflichten eines Treuhänders vergleichsweise an die Seite zu stellen, so wird diese Ansicht in erheblichem Masse unterstützt durch die Rechtsbedeutung, welche die moderne Wissenschaft und Praxis ähnlichen Instituten beilegt. Es mag angezeigt erscheinen, als besonders wirkungsvolle Beispiele die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers wie des Konkursverwalters heranzuziehen. Es wird hiermit freilich ein Gebiet betreten, das bereits seit jeher vielen Juristen Gelegenheit zu recht eingehenden Erörterungen gegeben hat. Ich will mich daher auch keineswegs anheischig machen, diese schwierige Frage an dieser Stelle einer Erörterung unterziehen sondern mich vielmehr darauf beschränken, das nunmehr zugegebene im Interesse des § 1913 BGB. zu verwerten. Selbst nachdem die zweite Kommission auf die Kritik namentlich des deutschen Juristentages hin die Theorie von der gesetzlichen Vertretung des Erben, im Falle dass eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist, hat fallen lassen, so giebt es nichtsdestoweniger auch jetzt noch eine ganze Anzahl, die insbesondere

in dem Testamentsvollstrecker den Erben vertreten sehen wissen will.[1] Hiergegen ist zunächst geltend zu machen, dass diese Theorie dem ganzen Wesen der Vertretung widerspricht. Ihr ganzes Dasein entnimmt die Testamentsvollstreckung gerade dem Umstande, dass sie befähigt ist, dem Willen und dem Interesse des Erben entgegenzuarbeiten. Sodann aber sagt das BGB. im § 2211 ausdrücklich, dass der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen kann und ebenso besagt der § 6 K.O. zur Charakterisierung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters, dass mit der Eröffnung des Verfahrens der Gemeinschuldner die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. In beiden Fällen gehen die Wirkungen dieser Rechtsanordnungen notwendigerweise dahin, dass dadurch einzig und allein eine dingliche Verfügungsbeschränkung, sowie eine Einschränkung am Recht des Nachlasses und somit der Mangel der Sachlegitimation im Prozess für den Erben oder den Gemeinschuldner herbeigeführt wird. Andere Ansichten, die eine beschränkte Geschäfts- oder Prozessfähigkeit annehmen, sind daher unhaltbar.[2] Unterstützt wird diese Aufstellung, dass in den vorhandenen Fällen das BGB. die Theorie der Stellvertretung verlassen hat, noch dadurch, dass

1) Vgl. namentlich Cosack a. a. O. Bd. 2 § 395 II. Wilke a. a. O. Vormerkung vor § 2197 ff. u. a. m.

2 Vgl. beispielsweise Motive V. S. 235.

dem Erben als solchem gewisse Einreden, insbesondere die des § 1958 BGB. zu stehen, die dagegen der Testamentsvollstrecker keineswegs geltend machen kann (§ 2213 Abs. 2 BGB.). Es ist ja allerdings nicht ohne Weiteres angemessen zwischen den noch nicht erzeugten Nacherben, also noch nicht existenten Wesen einerseits und dem Erben oder dem Testamentsvollstrecker andererseits eine Parallele zu ziehen. Aber der Zweck dieses geht ja auch nur dahin festzustellen, dass das BGB. unter Verzicht auf die Theorie von der Stellvertretung, gleichwohl Fälle des deutschrechtlichen Institutes der Treuhänderschaft noch kennt, wenn auch nicht unter derselben Bezeichnung so doch in der wesentlichen Konstruktion. Der Testamentsvollstrecker hat ein besonders geartetes, begrenztes dingliches Recht am Nachlass ebenso wie der Pfleger hinsichtlich der der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände, welches sich auf das dingliche Anwartschaftsrecht des Nacherben gründet. Er hat es als Eigenrecht[1] im nicht eigenen Interesse, d. h. er ist Treuhänder. Zu einem ähnlichen Resultate kommt Beseler, der eine materielle Repräsentation des Erblassers durch den Erben, eine formelle durch den Vollstrecker annimmt. Es lässt sich hierin das Nebeneinander zweier selbständiger Kompetenzen erblicken, die beide aus der Rechtssphäre des Erblassers durch unmittelbare Succession sich ableiten lassen, die des Erben durch unmittelbare Universalnachfolge, die des Vollstreckers durch

1) Vgl. Engelmann a. a. O. S. 759 I. Abs.

unmittelbare Singularsuccession. Hierbei wird unter der Unmittelbarkeit aber nicht eine zeitliche verstanden — denn diese gilt nur für die Succession des Erben (§§ 1922, 1942 BGB.) nicht für die des Testamentsvollstreckers (§ 2102 BGB.) sondern die Unmittelbarkeit von Person zu Person. Dieser Gegensatz „materiell" und „formell" ist aber derselbe, welchem man in der Litteratur der Treuhänderfälle immer wieder begegnet. Der formell Beteiligte, der Treuhänder, und im obigen Pflegschaftsfall der Pfleger hat gegenwärtiges Eigentum an den Rechten, die den zukünftigen Nacherben kraft ihrer Anwartschaft als solchen zustehen und der materiell Berechtigte, der Nacherbe selbst ein eigenes dingliches Anwartschaftsrecht, welches für ihn aber erst mit seiner Geburt zur Entstehung gelangt. Das Recht des Treuhänders ist also ein resolutiv bedingtes, bedingt durch den Eintritt der Geburt des Nacherben.

Als Vergleich für Treuhänder genau identischer Konstruktion wie im § 1913 BGB. hat man übrigens noch die Pflegschaft für eine Leibesfrucht (§ 1912 BGB.) und die fiduciarische Stiftung anzusehen. Diese letztere, die begrifflich freilich nicht ins BGB. aufgenommen ist,[1] die wohl auch in der Wissenschaft im Gegensatz zu der im Gesetz geregelten selbständigen Stiftung unselbständige Stiftung genannt wird, lehnt sich aus besonderen Zweckmässigkeitsgründen an ein bereits vorhandenes Rechtssubjekt

1) Vgl. aber die Protokolle II S. 33 ff. im Anschluss an die Schenkungsauflage daselbst.

an (beispielsweise an den jeweiligen Inhaber eines Amtes). Bei letzterer ist die Konstruktion so zu führen, dass der Fiduziar den Stiftungsfonds durch dinglichen Übereignungsvertrag oder auf Grund einer Verfügung von Todeswegen erhält, wobei in der Zweckbestimmung eine Bedingung enthalten ist, dahingehend, dass mit Eintritt der Bedingung Rückfall der Stiftung eintreten soll. Im Hinblick auf dem § 1912 BGB. ist dann zu bemerken, dass er sich nur wenig in dieser Treuhänderkonstruktion von dem § 1913 BGB. unterscheidet Auch hier muss man annehmen, dass der Pfleger mit seiner Bestellung von Rechtswegen Treuhänderrechte am Nachlass erwirbt, falls natürlich der nasciturus Alleinerbe ist, dass er andernfalls bei Miterbschaft die rechtliche Stellung eines Miteigentümers für sich erwirbt. Im Gegensatze zum § 1913 BGB. sind seine Rechte aber auflösend befristet, nicht bedingt, denn hier ist die Konzeption ja bereits erfolgt. Mit dem Ende der Schwangerschaft fallen sie fort, ohne Rückeicht darauf, ob der nacsiturus lebend zur Welt kommt oder ob er tot geboren wird, also in Wirklichkeit gar kein Rechtssubjekt im Sinne des § 1 BGB. geworden ist. Bleibt der nasciturus dagegen nach seiner Geburt am Leben, so werden kraft Gesetzes § 1923 II BGB) die Handlungen seines früheren Pflegers für und gegen ihn wirksam und werden nunmehr nach Verdrängung des Pflegereigentums, was ipso jure erfolgt, nachträglich und mit rückwirkender Kraft in Vertretungshandlungen umgewandelt.

In diesen als Beispiele herangezogenen Fällen hat man wie im § 1913 BGB. die Stelle der mit Wirksamkeit zur Vornahme von Rechtshandlungen egitimierten Persönlichkeiten als ein Handeln im eigenen Namen anzusehen, dem eigene Rechte zu Grunde liegen, sodass man auch noch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches von einem Treuhänder sprechen kann.

Wenn man freilich auch — und dies in Bezug auf die oben bereits erfolgte Andeutung — in der modernen Wissenschaft die Konstruktion einer juristischen Person bezüglich einer hereditas jacens im Grossen und Ganzen hat fallen lassen, so ist es in gleicher Weise ungerechtfertigt für die oben erwähnten Institute diese Theorie, wie dies einzelne auch jetzt noch wollen, aufrecht zu erhalten. Ist ja doch in allen auch nur einigermassen in Betracht kommenden Fällen bereits ein Eigentümer, sei es nun der Erbschaft oder der der Nacherbfolge unterliegenden Gegenständen oder auch schliesslich der Konkursmasse vorhanden.

Nach alledem dürfte es offenbar sein, dass auch das moderne Recht das Treuhänderwesen, wenn auch in verschleierter Gestalt, noch recht wohl kennt. Man geht daher kaum zu weit, wenn man dieses Institut auch auf den vorliegenden Fall nämlich bei der Konstruktion der Rechte des Pflegers für noch nicht erzeugte Nacherben Anwendung finden lässt.

§ 9.

Das Genehmigungsrecht des Vormundschaftsrichters.

Zum Schluss bleibt im Anschluss an die bisherigen Erörterungen die Frage zu behandeln, ob es von irgend welcher rechtlichen Bedeutung wäre, wenn das Vormundschaftsgericht zu einem derartigen Rechtsgeschäft seine Genehmigung erteilte, welches der für eine zukünftige Deszendenz bestellte Pfleger unter Überschreitung des im obigen Falle ihm zugewiesenen Umkreises seiner Befugnisse vorgenommen hat. Zu einer näheren Erörterung über das Wesen und den Zweck dieses Instituts (§ 182 ff. BGB.) fehlt allerdings hier eine ausreichende Veranlassung. Die allgemeinen Lehren hierüber sollen nur insoweit herangezogen werden, als den vorliegenden Zwecken dienlich erscheint. Nach §§ 1821 bis 23 BGB. bedarf der Vormund zu einer Anzahl von Rechtsgeschäften der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Da sich aus den vom Gesetz über die Pflegschaft getroffenen Bestimmungen nichts anderes ergiebt, so gilt das Gleiche auch für den Pfleger (§ 1915 BGB.). Wiewohl nun diese Genehmigung nicht als die Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens gedeutet werden kann, wie dies bei §§ 182 ff. BGB. anzunehmen ist, sondern vielmehr lediglich als ein obrigkeitlicher Akt hinzustellen ist, so hat doch das BGB.[1] nach dem Vorgange der preussischen Vormundschaftsordnung[2] der Geneh-

1) Vgl. Motive IV. S. 1151.

2) Vgl. pr. V.O. § 46.

migung des Vormundschaftsrichters in Ansehung der Folgen eines Mangels der Genehmigung im Allgemeinen dieselbe rechtliche Bedeutung beigelegt, welche der Einwilligung oder der Genehmigung des Vormundes zu einem Rechtsgeschäfte des Mündels zukommt. In Verallgemeinerung dieses Gedankens dürfte sich daher wohl der Satz rechtfertigen, dass auch die sonstigen allgemeinen Grundsätze über die Rechtsgeschäfte auf die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes entsprechende Anwendung finden. Das Gebiet der Genehmigung der §§ 182 ff. BGB. erstreckt sich nur auf solche Rechtsgeschäfte, für die der Pfleger bestellt und förmlich vereidigt ist, bei denen aber obendrein zur Gültigkeit der Vornahme der erforderlichen Rechtsakte noch die Einwilligung und, wenn das Geschäft ohne dieselbe vorgenommen ist, die Genehmigung des Vormundschaftsrichters erforderlich ist. Soll also der Pfleger zur Vornahme von Rechtsgeschäften legitimiert sein, die ursprünglich gemäss seiner Vereidigung nicht in dem Bereich seiner Funktionen liegen, so bedarf es hierzu einer neuen, vollkommen selbständigen Vereidigung. Dies müsste der ordentliche Hergang sein, wenn der Pfleger zur Vornahme von Rechtsgeschäften ermächtigt werden soll, die ursprünglich nicht im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis lagen. Möglich ist dieser Weg aber auch nur bei einem gesetzlich in der erwähnten Verbindung zulässigen Rechtsgeschäft, nicht aber etwa wie in dem oben angenommenen Falle von Grund aus nichtigen Rechtsgeschäft. Hier könnte man nur von einer Erneuerung des Geschäfts sprechen, die aber

wegen des erwähnten grundlegenden Mangels nicht zur Entfaltung gelangen könnte, sodass seine Folge auch keine andere wäre als die wiederholte Nichtigkeit.

§ 10.

Schluss.

Nach alledem kann das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen, wie folgt, zusammengefasst werden:

Es ist einmal mit Bezugnahme auf § 1913 BGB. recht wohl zulässig, dass der Vormundschaftsrichter bei der Bestellung des Pflegers, wenn seine Aufgabe in der allgemeinen Wahrnehmung der Rechte der Nacherben gegenüber dem Vorerben bestehen soll, von einer Spezialisierung der Pflegerbefugnisse absieht, da diese ja durch das Gesetz selbst getroffen ist. Über diesen vom Gesetz festgelegten Kreis seiner Befugnisse kann der Pfleger aber unter keinen Umständen hinausgehen; er kann auch nicht, was das Wichtigste ist, vom Richter zu derartigen allgemeinen Rechtsgeschäften bestellt werden. Denn grundsätzlich gewährt der Gesetzgeber nur existierenden Personen Rechtsschutz, nicht aber solchen, deren Werden erst in der Zukunft liegt. Wenn das Gesetz zu Gunsten der letzteren einzelne Ausnahmen zulässt, so hat es hierbei unbedingt sein Bewenden. Zu der ferneren Frage, wie das Verhältnis des Pflegers für diejenigen zu konstruieren ist, deren

Rechte er wahrzunehmen hat, ist zu bemerken, dass die Theorie von den subjektlosen Rechten ein Nonsens, eine juristische und faktische Unmöglichkeit ist, dass man vielmehr die Rechte des Pflegers als Rechte des Pflegers selbst anzusehen hat, die mit der Geburt der Nacherben diesem ohne Weiteres zufallen. Endlich kann von einem Genehmigungrecht des Vormundschaftsrichters in Bezug auf Rechtsgeschäfte des Pflegers, die dieser unter Überschreitung seiner Zuständigkeit vorgenommen hat, niemals die Rede sein. Genehmigen kann der Richter nur, was ursprünglich überhaupt rechtlich möglich ist, und auch dies nur dann, wenn kraft Gesetzes zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts seine Genehmigung esforderlich ist. Zum Zwecke der Vornahme solcher Rechtsgeschäfte durch den Pfleger, die an sich rechtlich möglich sind, kann der Richter sich dahingegen durch erneute Vereidigung des Pflegers helfen.